UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 février 1964

PAR

JEAN-PIERRE QUENEUDEC

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. CAVARE, Professeur

Suffragants { M. BENOIT, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (Ve)
PARIS

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544722_0042

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

UNIVERSITE DE RENNES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 février 1964

PAR

JEAN-PIERRE QUENEUDEC

MEMBRES DU JURY :

Président de la thèse : M. CAVARE, Professeur

Suffragants { M. BENOIT, Professeur
M. DUPUIS, Agrégé

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (Ve)
PARIS

1966

A LA MEMOIRE DU PROFESSEUR LOUIS CAVARÉ.

Abréviations

A.D.	Annual Digest of Public international Law Cases.
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international.
A.J.I.L.	American Journal of international law.
B.Y.B.	British Yearbook of international law.
C.I.J., Recueil	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances d la Cour internationale de Justice.
C.P.J.I., série A	Recueil des arrêts de la Cour permanente de justi internationale.
C.P.J.I., série B	Recueil des avis de la Cour permanente de justi internationale.
C.P.J.I., série A/B ...	Recueil des arrêts et avis de la Cour permanente d justice internationale.
Hackworth, Digest	Digest of international law.
Hunt, Report	American and Panamanian general claims arbitratio Report.
I.L.R.	International law reports.
J.A.I.L.	Japanese Annual of international law.
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française.
J.Y.B.	Jewish Yearbook of international law.
Moore, Arbitrations ..	History and digest of the international arbitrations which the United States have been a party.
Moore, Digest	Digest of international law.
Nielsen, Report	American and British claims arbitration, Report.
Nielsen, Opinions and report	American-Turkish claims settlement, opinions and r port.
Opinions of Commissionners	Opinions of Commissioner under the convention co cluded between the United States and Mexico.
R.A.I.	Recueil des arbitrages internationaux.
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de droit internation
R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation compar
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique.
Rec. des décisions	Recueil des décisions de la Commission de conciliati franco-italienne.
Rev. Adm.	Revue administrative.
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public.
R.H.D.I.	Revue hellénique de droit international.
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies.
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies.
Whiteman, Damages ..	Damages in international law.

INTRODUCTION

Dans l'ordre juridique international, la place et le rôle de la responsabilité confèrent à cette institution une originalité foncière, qui tient essentiellement au caractère politique très marqué dont elle est empreinte. La responsabilité internationale est, en effet, « sortie du domaine de l'action directe et a été mise sur le plan juridique en vue d'éviter la guerre ou de limiter l'emploi de la force » (1). La nécessité de trouver une issue pacifique aux litiges entre Etats a conduit à l'élaboration des règles juridiques de la responsabilité internationale. Celle-ci se présente désormais comme l'une des sanctions de l'exercice des compétences dans l'ordre international. Tel est son caractère général; tel est aussi son sens fondamental.

§ 1. — La notion de responsabilité en droit international public.

Le mot « responsabilité », aujourd'hui d'usage courant, ne semble guère très ancien dans la terminologie juridique. Il aurait été emprunté à l'Angleterre par les philosophes du XVIII[e] siècle (2). Il est cependant rarement défini. Aussi importe-t-il, avant tout, de déterminer quel peut être le contenu de l'expression; car « la définition n'est autre chose que la fin du sujet qui se présente : si elle n'est bien fondée, tout ce qui sera bâti sur icelle ruinera bientôt après » (3).

Le sens étymologique du terme « responsabilité » est celui de « réponse ». Etre responsable, c'est répondre de ses actes et, dans certains cas, des actions d'un autre. Cependant. répondre de ses actes, cela suppose préalablement que l'on soit capable. C'est pourquoi, dans le langage juridique, la responsabilité ne peut incomber

(1) L. CAVARE, *Le droit international public positif*, 2[e] édition, tome II, p. 345.
(2) Cf. H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 1938, tome I, p. 1.
(3) Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, livre I, chapitre I.

qu'à une personne dotée de capacité, c'est-à-dire à un sujet de droit. La responsabilité désigne alors l'obligation, pour un sujet de droit, de répondre des faits qui lui sont imputables, d'en supporter les conséquences et d'en assumer le redressement envers autrui.

En droit international, la responsabilité désigne « l'obligation incombant, selon le droit international, à l'Etat auquel est imputable un acte ou une omission contraire à ses obligations internationales, d'en fournir réparation à l'Etat qui en a été victime en lui-même ou dans la personne ou les biens de ses ressortissants » (4). On peut encore définir la responsabilité internationale, plus brièvement, comme étant « une institution juridique en vertu de laquelle l'Etat auquel est imputable un acte illicite selon le droit international doit réparation à l'Etat à l'encontre duquel cet acte a été commis » (5).

Un Etat sera donc internationalement responsable lorsqu'il aura commis un acte illicite international, par exemple en cas de manquement à ses engagements internationaux. Ce principe incontestable devait être notamment affirmé par la Quatrième Convention de La Haye, du 18 octobre 1907, en son article 3 : « La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. » Ce principe fut ensuite repris par la Cour permanente de justice internationale, dans son arrêt n° 8, du 26 juillet 1927, relatif à l'Usine du Chorzow : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention » (6). De plus, ainsi que le note M. Paul Guggenheim, « étant donné que le droit coutumier constitue une des sources du droit international, il faut considérer comme actes illicites internationaux non seulement la violation du droit international codifié, mais aussi les contraventions au droit international coutumier » (7).

Il ne suffit cependant pas de constater l'illicéité de l'acte d'un Etat pour que celui-ci en soit rendu responsable. Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs (8), il faut aussi, semble-t-il, qu'un dommage ait été causé pour que la responsabilité internationale puisse être engagée. Telle est notamment la solution qui se dégage de l'arrêt

(4) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, 1960, p. 541.

(5) Ch. Rousseau, *La responsabilité internationale*, Cours de droit, 1959-1960, p. 7.

(6) C.P.J.I., Série A, n° 9, p. 20.

(7) P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome II, p. 2, note 1.

(8) Cf. Ch. Rousseau : « Pour que la responsabilité surgisse, il n'est pas nécessaire qu'il y ait dommage », *op. cit.*, p. 27.

rendu le 26 mars 1925 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire Mavrommatis; aucun préjudice n'ayant été causé, en l'espèce, il n'y eut pas lieu à dommages-intérêts (9). Aussi était-ce avec raison que le professeur Cavaré voyait dans le préjudice « la condition première qui, à vrai dire, n'est pas affirmée explicitement par les sentences, tant elle apparaît élémentaire, mais qui résulte cependant très nettement de celles-ci » (10).

C'est pourquoi nous dirons, avec Georges Scelle, que la responsabilité est « une situation juridique ... créée par la survenance d'un fait ou d'un acte dommageables », qui « sont imputés par la règle de droit à un agent juridique » et qui « conditionnent l'obligation pour cet agent de réparer le préjudice causé » (11). Il s'agit donc de l'obligation, qui pèse sur un sujet de droit, de réparer le préjudice qu'il a causé ou qui a été causé en son nom (12).

Lorsque ce sujet est un sujet de droit international, on parlera de responsabilité internationale. Plutôt que de vouloir dégager un critère de l'*objet* même des différends, mieux vaut, en effet, s'en tenir à affirmer que l'on se trouve en présence d'un cas de responsabilité internationale, lorsque *les parties en cause* sont des sujets du droit des gens. Le caractère international d'une action en responsabilité se détermine donc *ratione personae* et non *ratione materiae*.

C'était d'ailleurs la position de la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt qu'elle rendit le 30 août 1924, relatif à l'affaire Mavrommatis : « Le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un Etat, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne; puis, le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains; le différend est alors entré dans une phase nouvelle : il s'est porté sur le terrain international, il a mis en présence deux Etats » (13).

De même, dans sa note doctrinale sous l'affaire White, entre la Grande-Bretagne et le Pérou, von Ullman écrivait : « La circonstance que le litige eut pout objet à l'origine des intérêts privés n'a pas d'importance. Les particuliers ne peuvent pas faire directement valoir leurs réclamations vis-à-vis d'un pays étranger : ils doivent recourir à la protection et, par suite, à l'entremise de leur gouvernement;

(9) C.P.J.I., série A, n° 5, p. 51.

(10) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 377. Dans le même sens, cf. L. Delbez, *Principes généraux du contentieux international*, p. 160.

(11) G. Scelle, *Manuel de droit international public*, 1948, p. 904.

(12) Il convient de noter qu'il existe cette différence entre le *dommage* et le *préjudice*, que le premir peut être objectivement perçu, tandis que l'appréciation du second nécessite un examen de la situation particulière de la victime. C'est pourquoi la réparation intervient en tenant compte de la nature même du préjudice subi plutôt que du dommage causé.

(13) C.P.J.I., série A, n° 2, p. 12.

l'affaire qui les concerne devient un rapport international; c'est entre les deux Etats que désormais elle s'agite » (14).

Le plus souvent, l'origine des actions en responsabilité internationale réside dans des dommages causés à des ressortissants d'un Etat établis sur le territoire d'un autre Etat. En ce cas, la responsabilité internationale apparaît à la fois comme le corollaire indispensable de l'égalité des différents Etats et comme la conséquence inévitable de l'autorité que possède chaque Etat dans son domaine propre. Autrement dit, au plan des relations internationales, souveraineté et responsabilité semblent aller de pair, au moins dans une certaine mesure (15).

L'évolution du droit international est assez comparable à celle du droit interne en cette matière. Dans l'un et l'autre cas, en effet, le principe de la responsabilité de l'Etat a été difficilement admis. Il n'y a pas si longtemps encore, la responsabilité internationale de l'Etat était jugée incompatible avec la reconnaissance et l'affirmation de sa souveraineté. On estimait qu'il était contraire à la dignité de l'Etat souverain de le rendre responsable de ses actes. Certains internationalistes n'hésitaient pas à écrire : « En principe, les Etats ne sont responsables que devant eux-mêmes. L'idée d'une responsabilité réciproque des Etats est contradictoire avec l'idée de souveraineté » (16).

Certes, la responsabilité internationale est une chose grave, « parce qu'elle implique qu'un Etat a failli à ses devoirs internationaux, et pour qu'on puisse formuler contre l'Etat une pareille accusation, il faut que les faits soient deux fois clairs et deux fois certains » (17). C'est pourquoi sa mise en œuvre est subordonnée à des conditions assez sévères, qui donnent à la responsabilité internationale un caractère exceptionnel. L'action en responsabilité n'est généralement formée devant une juridiction internationale que si l'objet du litige a d'abord été porté sur le terrain diplomatique. Il faut, en outre, que la réclamation dont est saisi le juge ou l'arbitre international puisse faire l'objet d'une solution judiciaire ou arbitrale. Il est, enfin, nécessaire que l'Etat réclamant se soit assuré que l'individu lésé, dont il endosse la réclamation, a épuisé les voies de recours internes de l'Etat défendeur. Cependant, une fois ces conditions remplies, le caractère souverain de l'Etat ne fait plus obstacle à l'action en responsabilité.

(14) R.A.I., tome 2, p. 343.

(15) Cf. L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 343.

(16) Funck-Brentano et Sorel, *Précis de droit des gens*, 3e éd., 1900, pp. 224-225.

(17) N. Politis, *Déclaration à la conférence de codification de La Haye*, Procès-verbaux de la 3e Commission, p. 61.

Le droit international de la responsabilité s'est ainsi développé en se dégageant progressivement du « carcan de la souveraineté ». A tel point qu'au sein de l'ordre juridique international, l'institution de la responsabilité joue désormais un rôle essentiel, sinon capital, dans la mesure où cet ordre juridique ignore à peu près complètement les sanctions contre les actes juridiques, pour ne connaître la plupart du temps que les *sanctions contre les sujets de droit* eux-mêmes. C'est la raison pour laquelle « le contentieux international est normalement un contentieux d'indemnisation » (18).

La richesse des décisions jurisprudentielles et l'abondance des précédents de toute nature ont fait de la question de la responsabilité internationale une des plus vastes et des plus complexes du droit international. Il est très peu de réclamations internationales qui n'aient soulevé au moins un aspect du problème de la responsabilité. De telle sorte que « le droit international régissant la responsabilité des Etats est une des branches les plus perfectionnées de ce droit », note le juge Ph. Jessup (19).

Ce perfectionnement est heureux; car « les règles de la responsabilité sont en quelque sorte les règles-clefs de tout ordre juridique », pour reprendre la formule du Président Basdevant dans le discours qu'il prononçait le 17 mars 1930, à l'ouverture de la Conférence de codification de La Haye. « On peut affirmer, poursuivait l'éminent auteur, que la valeur pratique d'un ordre juridique déterminé dépend de l'efficacité et de l'étendue des règles sur la responsabilité » (20).

Or, un examen attentif de la jurisprudence internationale tend à montrer qu'il existe au moins deux ordres de faits générateurs de responsabilité internationale. Certes, celle-ci naît toujours de l'activité étatique, c'est-à-dire de l'activité d'individus qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat. Cependant, il n'y a pas toujours identification parfaite entre l'agent et l'Etat. Il convient, en effet, de distinguer entre les *actes de fonction* et les *actes personnels* des agents étatiques. Aussi Georges Scelle avait-il raison de noter qu' « il y a ... une tendance à la propagation en droit international de la distinction entre la faute de service et la faute personnelle » (21). La dis-

(18) Ch. Rousseau, *Droit international public*, 1953, p. 356. Il existe cependant un contentieux international de l'annulation dans le cadre de certaines organisations internationales, spécialement au sein des communautés européennes ; cf. L. Cavare, *Le recours pour excès de pouvoir en droit international public, L'évolution du droit public*, Etudes en l'honneur d'A. Mestre, 1956, p. 63 et suiv.

(19) Ph. C. Jessup, *A modern law of nations*, 1948, p. 94.

(20) Actes de la Conférence, S.D.N., 1930.V.17, Procès-verbaux de la 3e Commission, p. 15.

(21) G. Scelle, *Manuel de droit international public*, 1948, p. 931.

tinction s'impose d'autant plus que deux régimes de responsabilité internationale en découlent : la responsabilité pour les actes étatiques et la responsabilité pour les faits personnels des agents.

§ 2. — Les deux types de responsabilité internationale.

Bien qu'il soit invisible et immatériel en lui-même, l'Etat se manifeste dans les actes de certains individus. Cependant, « n'importe quel individu ne peut pas accomplir des actes étatiques, et un acte accompli par un individu capable d'accomplir des actes étatiques n'est pas nécessairement un acte étatique » (22). Pour savoir si un acte accompli par un individu donné est un acte étatique, c'est-à-dire imputable à l'Etat, il faut s'en référer au droit interne. Les actes des agents étatiques ne sont reconnus comme actes de l'Etat que s'ils sont prévus et réglés dans l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire s'ils entrent dans le cadre d'une fonction déterminée par le droit étatique.

Dès lors que l'acte d'un agent étatique est imputable à l'Etat, celui-ci pourra être rendu internationalement responsable des conséquences dommageables de cet acte, car l'auteur (fictif) de l'acte et le sujet de l'imputation se confondent dans la personne juridique qu'est l'Etat.

Cependant, « l'usage a consacré la responsabilité internationale de l'Etat, pour les actes dommageables de ses agents, alors même que ces actes sont contraires aux lois ou entachés d'excès de pouvoir » (23). On impute alors à l'Etat les conséquences d'un acte dont il n'est pas juridiquement l'auteur, puisque cet acte a été commis en violation des règles de son ordre juridique.

I. — La responsabilité pour actes étatiques.

Il n'est pas douteux que les actes dommageables des agents étatiques sont directement imputables à l'Etat, lorsque ces actes ont été commis par l'agent dans les limites de sa compétence et conformément aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques. En ce cas, en effet, l'acte revêt la qualité d'acte étatique. L'individu-agent se comporte alors comme l'organe de la collectivité étatique, en tant qu'il exerce une fonction qui peut être attribuée à l'Etat. On dit souvent que c'est l'Etat qui exerce la fonction par l'intermédiaire de l'individu qui agit comme son organe. Tout se passe comme si l'on considérait l'Etat comme une personne dotée de volonté.

(22) H. Kelsen, *Théorie du droit international*, R.C.A.D.I., 1953.III, p. 77.
(23) Note doctrinale sous l'affaire Lacaze, R.A.I., tome II, p. 301.

Certes, on lui reconnaît la personnalité juridique, c'est-à-dire la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations. Force est de reconnaître pourtant que la personnalité morale qui lui est ainsi attribuée est une notion on ne peut plus abstraite. En fait, « ce n'est jamais l'Etat qui agit, qui fait des actes ou qui remplit des fonctions; ce sont toujours des individus, et seulement des individus » (24). L'Etat est simplement une entité abstraite de référence. En tant que personne juridique, il n'est, selon l'expression de Hans Kelsen, qu'une « construction auxiliaire de la pensée juridique ». Le concept abstrait qu'est l'Etat a évidemment une grande utilité dans l'analyse juridique; mais il reste une abstraction.

L'Etat est, en effet, une réalité purement phénoménale, et non pas une réalité personnelle (25). Lui attribuer une volonté, lui reconnaître une certaine personnalité, c'est là une œuvre de fiction juridique, encore que l'on puisse fort bien expliquer la naissance et la raison d'être d'une telle fiction. Dans la pratique, quand on parle d'actes de l'Etat, il faut donc entendre des actes accomplis par les différents organes dont se sert l'Etat pour accomplir sa mission et satisfaire à ses devoirs internationaux. L'Etat ne saurait être autre chose qu'un ensemble de fonctions, un agencement de compétences. Il n'agit que par le moyen d'organes et d'agents qui, juridiquement, se confondent avec lui. On peut même s'avancer jusqu'à dire que l'Etat n'existe, en définitive, que par ses organes et agents, qui sont, en quelque façon, ses cellules constitutives. Pour reprendre l'expression du juriste allemand Gierke, l'Etat agit « dans la personne de ses organes ». Seul un procédé de technique juridique permet d'attribuer à l'Etat les effets, voire même l'émission de tels actes.

C'était l'idée exprimée par Anzilotti : « La volonté et l'action des individus deviennent la volonté et l'action de l'Etat en vertu du droit en vigueur dans la communauté qui donne à certains individus le pouvoir de manifester une volonté et d'expliquer une action, qu'on regarde comme une volonté et une action de l'Etat. L'application effective des volontés et des actes individuels aux buts de la communauté est la condition nécessaire de leur attribution à l'Etat; mais cette attribution n'a de valeur juridique que pour autant qu'elle se fonde sur le droit en vigueur dans l'Etat : c'est toujours ce droit qui donne aux individus, aux agents de l'Etat, le pouvoir dont il s'agit, et

(24) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 385.

(25) Cf. G. Scelle, *Précis de droit des gens*, tome I, p. 10. Pour Karl Strupp, « l'Etat n'est pas une *fiction*, mais une *abstraction*. Il ne peut donc se passer d'organes dont les volontés et les actions sont *réputées les siennes*. Qu'il s'agisse d'un traité ou d'autres déclarations de volonté, de faits licites ou délictueux, ce sont les organes qu'il faut toujours avoir en vue » ; Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1934-I, p. 522.

règle les conditions et les formalités qu'ils ont à observer pour que les actes accomplis par eux soient à regarder comme des actes de l'Etat. » (26).

A partir du moment où l'acte dommageable commis par un agent pourra être réputé acte étatique, l'Etat en sera directement responsable, au regard du droit international. C'est ce qui résulte notamment de la décision de principe rendue dans l'affaire Sambiaggio, en 1903 : « La règle générale est qu'un Gouvernement ... ne peut être tenu responsable que des actes de ses agents. » (27). Il en ira ainsi, quel que soit le « pouvoir » ou la « fonction » de l'agent en cause.

L'Etat peut, de la sorte, être internationalement responsable pour les actes dommageables résultant de l'action de ses organes constituants (28), législatifs (29), judiciaires (30) ou administratifs (31).

(26) ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, R.G.D.I.P., 1906, p. 288.

(27) RALSTON, *Venezuelian Arbitrations*, p. 666.

(28) La responsabilité de l'Allemagne aurait pu être ainsi mise en cause du fait des dispositions de la Constitution de 1919 qui auraient prévu la réalisation de l' « Anschluss » avec l'Autriche, contrairement aux stipulations du Traité de Versailles.

(29) Voir la sentence de la C.P.A. rendue le 2 septembre 1920, concernant la confiscation des biens des congrégations religieuses étrangères au Portugal ; R.S.A., vol. I, p. 7. Arrêt n° 7 de la C.P.J.I., dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise ; C.P.J.I., série A, n° 7. Voir aussi : O. HOIJER, *La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes législatifs*, R.D. I.L.C., 1929, pp. 577-602 ; E. VITTA, *La responsabilita internazionale dello stato per atti legislativi*, Milan, 1953. A noter toutefois qu'en pratique, ce n'est généralement pas l'adoption d'une loi, mais son exécution, qui met en jeu le mécanisme de la responsabilité.

(30) Voir l'arbitrage de Osten Unden, du 3 mai 1930, dans l'affaire Martini, entre l'Italie et le Vénézuéla (R.S.A., vol. II, p. 975), où fut mis en cause le fonctionnement des tribunaux internes. Dans une décision rendue le 7 décembre 1955, la Commission de conciliation franco-italienne déclarait : « Si, dans certaines sentences arbitrales du XX^e^ siècle, on trouve exprimée l'opinion que l'indépendance des tribunaux, conforme au principe de la division des pouvoirs généralement reconnu dans les pays civilisés, exclut la responsabilité internationale de l'Etat du fait des actes du pouvoir judiciaire contraires au droit, cette théorie semble aujourd'hui universellement et justement répudiée par la doctrine et la jurisprudence internationales. La sentence rendue par l'autorité judiciaire est une émanation d'un organe de l'Etat, tout comme la loi promulguée par l'autorité législative, ou la décision prise par l'autorité exécutive. La non-observance d'une règle internationale de la part d'un tribunal crée la responsabilité internationale de la collectivité dont le tribunal est un organe » ; décision n° 196, fasc. 5, p. 282. Voir également : C. Th. EUSTATHIADES, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires*, Paris, 1936.

(31) Dans le rapport préparé par le sous-comité du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, il était également affirmé que « chacun de ces organes, qu'il soit législatif, administratif ou judiciaire, est susceptible de commettre un acte illicite, contraire au droit d'un autre Etat, imputable à l'Etat dont ils sont les organes et, par conséquent, engageant sa responsabilité » ; Actes de la Conférence, 1927.V.I, p. 92. Voir également le projet préparé par La Harvard Law School en 1960, article 16, al. 1^er^.

II. — La responsabilité pour faute personnelle.

Lorsqu'un agent étatique commet une faute personnelle et cause un dommage à un ressortissant étranger, on ne peut plus dire que le dommage a été réellement causé au nom de l'Etat, puisque le fait dommageable est un fait réputé personnel à son auteur. Celui-ci n'a pas, à proprement parler, agi come un agent étatique, *stricto sensu.*

Toutefois, la circonstance que l'agent a agi contrairement aux directives reçues ou en violation de la législation nationale n'exonère pas nécessairement l'Etat de toute responsabilité. « En effet, notait le Professeur Cavaré, le droit international ignore les règlements internes du service » (32). Aussi, dans certains cas, le droit international imputera-t-il à l'Etat une faute qui est pourtant personnelle à l'un de ses agents.

La pratique jurisprudentielle et diplomatique a, en effet, consacré le principe de la responsabilité internationale de l'Etat à raison d'actes dommageables de ses agents, alors même que ces actes seraient contraires au droit interne, constitués par des fautes personnelles. Certes, des actes de ce genre ne sont jamais, en principe, des actes étatiques. Et pourtant, « le droit international positif reconnaît, sans qu'on puisse en douter, la responsabilité de l'Etat pour des actes illicites de ses organes, même quand ceux-ci ont agi illégalement (c'est-à-dire contrairement au droit interne) et en dehors de leur compétence » (33).

A n'en pas douter, il paraît paradoxal de rendre l'Etat internationalement responsable pour les fautes personnelles de ses agents, alors qu'il peut fort bien n'être pas responsable sur le for interne. « Il peut sembler à première vue irrationnel que l'Etat puisse être obligé de répondre de faits contraires à son propre droit », relevait également Decencière-Ferrandière (34).

S'il en va ainsi c'est d'abord pour une raison d'ordre essentiellement pratique : l'individu-agent possède généralement un patrimoine insuffisant pour pouvoir réparer le dommage causé par sa faute personnelle; seul l'Etat a la possibilité de verser une indemnité suffisante. Mais c'est aussi parce que l'ordre juridique international est un ordre qu'ont peut qualifier de « primaire » ou de « primitif », en ce sens qu'il est insuffisamment développé et ne reconnaît pas normalement l'individu comme sujet de droit. Selon l'expression de M. R.-J. Dupuy, « l'homme est en exil dans la société des Etats » (35). En conséquence,

(32) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 414.

(33) Anzilotti, *Teoria generale della responsabilita dello stato nel diritto internazionale*, p. 177.

(34) Decencière-Ferrandière, *La responsabilité des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, thèse, Paris, 1925, p. 68.

(35) R.-J. Dupuy, *Le droit international*, P.U.F., 1963, p. 32.

l'individu-agent ne peut pas, au plan international, être rendu personnellement responsable de ses fautes personnelles, comme la logique voudrait qu'il le fût. Cependant, la jurisprudence internationale fournit quelques rares exemples dans lesquels une procédure internationale conduisit à mettre en jeu la responsabilité personnelle de l'agent public. A n'en pas douter, l'exemple le plus net est celui de la sentence arbitrale rendue le 20 septembre 1897 entre les Etats-Unis et le Siam, à la suite d'une réclamation américaine formulée en raison d'insultes proférées à l'encontre d'un consul des Etats-Unis par des soldats siamois. Après avoir déterminé les fautes commises par les militaires siamois et apprécié la valeur des excuses qu'ils pouvaient invoquer, la sentence fixait des peines disciplinaires applicables aux militaires fautifs et prévoyait que le Gouvernement siamois devait faire des excuses officielles (36). Il s'agissait donc bien d'une décision internationale affirmant des responsabilités individuelles. Les circonstances de l'affaire étaient toutefois trop particulières pour que l'on puisse y attacher une grande importance. En effet, à l'époque où cette décision fut rendue, la souveraineté du Siam n'était pas pleinement reconnue ni respectée; cet Etat se trouvait dans une situation semi-coloniale. Par conséquent, cette sentence ne porte nullement atteinte au principe selon lequel un agent étatique ne peut être déclaré personnellement responsable, au plan international, de ses fautes personnelles.

Néanmoins, à supposer même que l'individu-agent pût être reconnu responsable au plan international, il est vraisemblable que la responsabilité de l'Etat ne disparaîtrait pas pour autant. En effet, une étude comparative des différents droits étatiques régissant la responsabilité de la puissance publique et de ses agents montre que, dans un certain nombre de cas, l'Etat peut également être responsable, dans l'ordre interne, pour les fautes personnelles de ses fonctionnaires. Notamment, l'évolution qu'a connue le droit administratif français de la responsabilité est assez révélatrice à cet égard. La faute personnelle des agents publics apparaît désormais comme un nouveau fait générateur de la responsabilité de la puissance publique en France. Selon l'expression de M. J. Rivero, « tout se passe comme si la personne publique était tenue d'indemniser les particuliers à raison du risque de faute personnelle auquel elle les expose en fournissant à ses agents les moyens ou l'occasion de la faute » (37). Bien que dans une mesure moindre, il en va de même aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne.

Après avoir, pendant longtemps, vécu sur le principe de l'irresponsabilité de l'Etat et connu, en pratique, l'irresponsabilité des agents publics, les Etats-Unis ont également adopté une solution permettant

(36) LAFONTAINE, *Pasicrisie internationale*, p. 604.
(37) J. RIVERO, *Droit administratif*, 1962, p. 258.

de voir la responsabilité de l'Etat engagée par des fautes personnelles de ses agents. Le Federal Torts Claim Act de 1946 a prévu la possibilité d'une responsabilité de la puissance publique pour les dommages causés aux personnes et aux biens à la suite d'actions fautives ou de négligences de ses agents, commises dans l'exercice de leurs fonctions. Désormais, sauf dans les cas de fautes particulièrement lourdes commises de mauvaise foi, comme des voies de fait ou des actes de violence, « l'Etat fédéral ne voit sa responsabilité mise en jeu que si l'agent public est lui-même responsable » (38). L'Etat fédéral peut être ainsi rendu responsable des fautes personnelles les moins graves.

En Angleterre, selon une jurisprudence qui remonte à 1867 (Poulton v. London and S.W. Rey), « lorsque l'agent prend sur lui d'exécuter un acte qui ne rentre pas dans la compétence de la personne morale au service de laquelle il se trouve... la personne morale ne peut être responsable de l'acte *ultra vires* » (39). Au contraire, lorsque l'agent a commis un acte entaché d'excès de pouvoir en exécutant des instructions qui lui avaient été données, ou lorsqu'il a exécuté ces instructions en commettant une faute lourde, il semble que la responsabilité de la puissance publique puisse être assez facilement admise. En effet, en pareil cas, la faute personnelle que constitue l'acte *ultra vires* se rattache indirectement à l'activité de l'Administration (40).

Ces quelques exemples empruntés au droit comparé montrent que, de plus en plus, les Etats peuvent être rendus responsables, dans l'ordre interne, pour des fautes personnelles commises par leurs agents. Ainsi, peu à peu, s'efface la disparité qui pouvait exister entre la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents et son irresponsabilité dans l'ordre interne. Est-ce à dire que l'on se trouve ici en présence d'un type de responsabilité analogue à celui que l'on rencontre dans divers droits publics internes ? Apparemment, le problème est le même. Il provient de ce que l'auteur du fait dommageable et le sujet de droit qui en est rendu responsable ne coïncident pas. En droit international, comme en droit interne, il y a dissociation entre le fait générateur de responsabilité et l'obligation de réparer qui en résulte, lorsqu'on se trouve en présence d'une responsabilité étatique pour faute personnelle d'un agent public : l'auteur du fait dommageable et le destinataire de l'obligation de réparer ne se confondent pas. Le mécanisme juridique qui conduit à mettre cette

(38) G. Conac, *La fonction publique aux Etats-Unis*, 1958, p. 161. Cf. également, J.D. Block, *Suits against government officers and the sovereign immunity doctrine*, Harvard Law Review, 1946, pp. 1060-1086.

(39) Denis Lévy, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, 1957, p. 55.

(40) Cf. J.A. Griffith and H. Street, *Principles of administrative law*, Londres, 1952, pp. 241-242.

obligation de réparation à la charge de l'Etat ne semble cependant pas le même dans les deux ordres juridiques. Le droit international procède ici selon une technique propre et originale, que nous avons retenue comme objet de cette étude.

§ 3. — Objet de l'étude.

Il s'agit d'analyser la responsabilité internationale de l'Etat à raison des fautes personnelles que peuvent commettre les agents relevant de l'Exécutif. Il est entendu que cette responsabilité est envisagée ici en tant que « devoir de réparer » les dommages causés, c'est-à-dire en tant que *responsabilité civile* (41).

I. — La responsabilité des Etats.

Sans doute peut-il paraître *a priori* arbitraire de se limiter à l'étude de la responsabilité des Etats. Il existe, en effet, au sein de la société internationale, d'autres entités que les Etats, d'autres sujets du droit des gens. Les Etats ne sont plus aujourd'hui les seuls sujets du droit international.

L'aspiration générale à la paix internationale et les besoins sans cesse croissants d'une action concertée entre les différents Etats ont, en effet, poussé ces derniers à tenter d'organiser la société internationale, c'est-à-dire à la doter d'un certain nombre d'organes, d'institutions. D'autres nécessités, non moins pressantes, ont également amené les membres de la communauté internationale à créer des institutions limitées dans leur objet ou dans leur étendue, des organisations internationales spécialisées ou à vocation régionale. Le développement des *organisations internationales* apparaît ainsi comme l'un des traits dominants de la période contemporaine. A l'heure actuelle, il y a au moins autant d'organisations internationales que d'Etats. Selon M. Paul Reuter, on dénombrerait plus de 130 organisations « intergouvernementales », alors qu'il n'y aurait que 120 Etats indépendants sur toute la surface du globe (42). D'après un recensement récent, il existerait 153 organisations internationales à caractère intergouvernemental; c'est-à-dire, que leur nombre serait nettement supérieur à celui des Etats (43).

(41) Nous laisserons donc de côté la notion de responsabilité pénale, telle qu'elle a été récemment développée en droit international, surtout depuis la fin de la seconde guerre mondiale, à la suite des décisions des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ; cf. S. Glaser, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, 1954.

(42) P. Reuter, *Institutions internationales*, 3e éd., 1962, pp. 61-63.

(43) R. Bloch et J. Lefèvre, *La fonction publique internationale et européenne*, 1963, pp. 199-207.

Il est, en conséquence, permis de se demander si les principes régissant la responsabilité internationale des Etats valent encore pour les organisations internationales. Il semble désormais établi de façon certaine qu'on ne puisse plus tenir pour valables des affirmations comme celle de Karl Strupp : « Tandis que... d'autres entités peuvent être des sujets du droit des gens, seuls aujourd'hui les Etats peuvent se rendre coupables de délits internationaux » (44). Certes, aucune décision judiciaire, aucune sentence arbitrale n'est encore venue affirmer la responsabilité internationale d'une organisation pour les actes de ses agents. Aucune instance internationale n'a non plus pris position sur la responsabilité des organisations internationales à raison de fautes personnelles commises par leurs agents. Malgré l'absence de précédents jurisprudentiels, on peut toutefois penser que, par analogie avec le droit de la responsabilité des Etats, une organisation internationale pourrait être rendue responsable des actes de fonction comme des fautes personnelles de ses agents (45).

On y est d'autant plus conduit que l'on rencontre un certain nombre de dispositions conventionnelles en ce sens. Telle était, en effet, la solution prévue à l'article 19 de l'Acte général de la Conférence de Berlin, du 26 février 1885, par lequel fut instituée une Commission internationale pour le Congo : « Au cas d'un abus de pouvoir ou d'une injustice de la part d'un agent ou d'un employé de la Commission internationale, l'individu qui se regardera comme lésé dans sa personne ou dans ses droits pourra s'adresser à l'agent consulaire de sa nation. Celui-ci examinera la plainte; s'il la trouve *prima facie* raisonnable, il aura le droit de la présenter à la Commission » (46). Le texte de Berlin reconnaissait la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité internationale de la Commission du Congo en cas de faute personnelle commise par l'un de ses agents ou employés. Toutefois, la Commission n'ayant jamais été établie, ce texte n'eut pas l'occasion d'être appliqué.

Telle est aussi la solution retenue au sein des organisations internationales dites d'intégration, c'est-à-dire essentiellement dans le cadre des communautés européennes. L'article 40, alinéa 2, du Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier précise que la Cour de justice pourra mettre une indemnité à la charge de la Communauté, en cas de dommage causé par une faute personnelle commise par un agent dans l'exercice de ses fonctions, lorsque la partie

(44) K. Strupp, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1934.I, p. 559.
(45) Cf. Eagleton, *International organization and the law of responsibility*, R.C.A.D.I., 1950.I, p. 335. J.P. Ritter, *La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale*, A.F.D.I., 1962, p. 427.
(46) Cf. Documentation internationale : droit colonial international, Conférence de la Paix de Paris, Ed. internationales, 1931, vol. I, p. 305.

lésée n'aura pas pu obtenir réparation de l'agent lui-même. De même, l'article 215, alinéa 2, du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne déclare que la Communauté devra réparer, « conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres », les dommages occasionnés par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Le texte ne donnant pas d'autre précision quant à la qualification des faits dommageables commis par les agents, on peut penser que la C.E.E. sera également tenue de réparer les préjudices causés par des fautes personnelles de ses agents, lorsque les victimes n'auront pas obtenu réparation de ces derniers, comme c'est le cas pour la C.E.C.A. Il ne semble pas cependant que la Cour de justice des Communautés européennes ait eu jusqu'à présent l'occasion de se prononcer sur ces questions.

A côté de ces textes conventionnels, il faut également tenir compte d'une certaine pratique qui s'est développée récemment, bien que sa place soit des plus réduites. Les Nations Unies ont, en effet, versé un certain nombre d'indemnités, à titre de réparation, aux ayants droit de ressortissants égyptiens tués accidentellement par des membres de la Force d'urgence au Moyen-Orient, notamment par des factionnaires et des sentinelles, dans des cas où ni la fonction officielle ni le règlement du service n'autorisaient l'agent en cause à ouvrir le feu, c'est-à-dire dans des cas où il y avait incontestablement faute personnelle. C'est ainsi qu'en 1959, le total des dépenses de la Force d'urgence des Nations Unies pour le versement de dommages-intérêts et le règlement des différends s'élevaient à 31.100 dollars. De même, en 1960, 20.000 dollars furent alloués à la Force pour couvrir les frais occasionnés par des réclamations individuelles dirigées contre l'O.N.U. pour des préjudices corporels et des dommages aux biens causés par les agents de la Force d'urgence (47).

Toutefois, on se trouve ici en présence d'une pratique très réduite, qui ne fait que s'ébaucher et qui est encore incertaine. C'est la raison pour laquelle nous avons préféré écarter les organisations internationales du champ de notre étude et nous en tenir à la responsabilité des Etats pour les fautes personnelles de leurs agents, car la jurisprudence internationale fournit d'assez nombreux exemples de responsabilité étatique.

II. — Pour les fautes personnelles des agents de l'exécutif.

Il ne sera ici question que des faits personnels de ceux que les Anglo-Saxons appellent les « executive officers ». L'examen de la juris-

(47) Cf. Finn Seyersted, *United Nations Forces, Some legal problems*, B.Y.B., 1961, p. 420, note 4.

prudence internationale montre, en effet, que les activités relevant de l'exécutif, et spécialement les activités administratives, apparaissent comme le terrain d'élection de la responsabilité internationale pour faute personnelle.

De plus, dans la pratique, on ne parle guère de faute personnelle qu'à propos des agents de l'Administration. On ne saurait, en effet, recourir à cette expression s'agissant d'organes législatifs; on fait alors appel à la notion de législation *ultra vires,* vu qu'il y aurait quelque inconvenance dans les termes et qu'il serait fort mal venu de parler de « faute personnelle du législateur ».

C'est pourquoi nous nous limiterons ici à l'examen de la responsabilité internationale pour les fautes personnelles des « agents exécutifs », au sens large de l'expression, c'est-à-dire les agents chargés de l'exécution des lois, des actes administratifs et des jugements. Cette catégorie recouvre à la fois les agents administratifs *stricto sensu,* et certains agents judiciaires chargés de l'exécution des décisions de justice.

Nous ne retiendrons donc pas les *agents de l'ordre judiciaire,* envisagés comme les agents étatiques chargés d'instruire les procès et de rendre les jugements. Il est, en effet, pratiquement impossible de dire quand un magistrat commet une faute personnelle. Dans la plupart des droits internes, les juges bénéficient de garanties efficaces qui rendent extrêmement difficile la mise en cause de leur responsabilité personnelle. De plus, les jugements étant assez généralement rendus par des organes collégiaux, composés de trois ou cinq juges, il serait malaisé de recourir à la notion de faute personnelle, qui suppose une certaine individualisation. Une troisième raison conduit enfin à écarter les agents de l'ordre judiciaire : à supposer même qu'il soit possible, dans un cas donné, de dire qu'un magistrat a commis une faute personnelle, il est cependant assez peu vraisemblable qu'une réclamation puisse apparaître au plan international, par suite du jeu de la règle d'épuisement des recours internes. Celle-ci doit, en effet, être entendue comme exigeant l'épuisement de toutes les voies de recours internes, appel et cassation. Dès lors qu'un juge de première instance commettrait une erreur volontaire, grossière et inexcusable manquant par là à son devoir d'impartialité, l'étranger lésé pourrait aisément obtenir le redressement du tort ainsi causé en interjetant appel. En définitive, les réclamations internationales provoquées par des fautes inconsidérées de magistrats sont donc extrêmement rares et lorsqu'elles surgissent, ce n'est plus la faute d'un ou de plusieurs magistrats qui est prise en considération : si la faute se répète au stade des différentes voies de recours, c'est l'organisation et le fonctionnement même du service de la justice dans le pays considéré qui sont mis en cause et l'on

parle alors de responsabilité internationale pour déni de justice, au sens restreint (48).

En conséquence, les seuls agents participant à l'exercice de la fonction judiciaire qui seront retenus ici, sont ceux chargés d'exécuter les jugements ou les ordres des magistrats instructeurs, c'est-à-dire ceux qui participent bien davantage à la fonction exécutive qu'à la fonction de juger. Pour ces agents, il est, en effet, possible de parler de faute personnelle. Cette appellation peut fort bien s'appliquer aux actes dommageables d'un huissier, par exemple. Et la jurisprudence internationale fournit ici d'assez nombreux exemples.

Ayant ainsi circonscrit l'objet de la présente étude, il nous faut encore montrer quel peut en être l'intérêt pour la théorie du droit international.

§ 4. — Intérêt de l'étude.

Chose assez paradoxale, la responsabilité internationale pour faute personnelle n'a pas jusqu'ici retenu, sinon de façon discursive, l'attention des internationalistes. Hans Triepel signalait pourtant, dès 1899, qu' « il serait très désirable qu'on fît une étude plus détaillée de ce sujet, et qu'on l'édifiât sur les matériaux qui sont extrêmement abondants » (49).

Hormis les développements qu'y a consacrés M. Alwyn Freeman dans un cours professé à l'Académie de droit international en 1955 (50) et un essai de M. Théodore Meron sur ce problème (51), on ne rencontre guère, à notre connaissance, que de brèves remarques, éparses dans différents Traités généraux de droit international public ou dans des ouvrages concernant le problème général de la responsabilité internationale (52).

Or, les matériaux sont extrêmement abondants, comme le signalait Triepel, puisque les réclamations internationales ayant pour origine

(48) Sur la responsabilité internationale de l'Etat à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle, cf. Constantin Th. EUSTATHIADES, *La responsabilité internationale pour les actes des organes judiciaires*, Paris, 1936 ; A.V. FREEMAN, *The international responsibility of states for denial of justice*, New York, 1938 ; L. CAVARE, *Le droit international public positif*, tome II, p. 461 et suiv. : Responsabilité de l'Etat à raison de l'activité ou de l'abstention des organes judiciaires.

(49) H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, traduction française, p. 345, note 1.

(50) A. FREEMAN, *Responsibility of states for unlawfull acts of their armed forces*, R.C.A.D.I., 1955.II, pp. 267-410.

(51) T. MERON, *International responsibility of states for unauthorized acts of their officials*, B.Y.B., 1957, pp. 85-114.

(52) Voir cependant L. CAVARE, *Le droit international public positif*, tome II, pp. 413-417 : Actes dommageables accomplis par les fonctionnaires en dehors de leurs fonctions.

un exercice abusif ou arbitraire de fonctions officielles sont, de beaucoup, les plus fréquentes. « Ce sont parfois les actes les plus irréguliers qui engagent le plus la responsabilité de l'Etat », note fort justement M. P. Reuter (53).

Aussi, l'intérêt premier d'une étude de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents est-il de tenter de combler un vide doctrinal.

Le sujet retenu présente, en second lieu, un *intérêt technique* incontestable, puisqu'il est nécessaire d'analyser le mécanisme juridique par lequel l'Etat peut être déclaré responsable de faits personnels de ses agents. Notamment, la question se pose de savoir dans quels termes il convient d'énoncer le problème afin de mieux saisir l'ensemble des solutions dégagées par la jurisprudence. Il s'agit essentiellement de savoir *selon quel procédé* un Etat est rendu responsable, au plan international, d'actes personnels de ses fonctionnaires (54). M. J.-L. Brierly posait le problème dans les termes suivants : « Est-ce que l'acte d'un fonctionnaire... devient un acte personnel et non officiel parce qu'il excède la compétence ou l'autorité que sa fonction lui confère ? Si l'on adoptait cette règle restrictive, la responsabilité de l'Etat serait grandement limitée, car, dans la plupart des cas où un dommage est causé à un étranger par l'action d'un fonctionnaire, on trouvera que celui-ci a agi contrairement aux lois de l'Etat auquel il appartient et, par conséquent, en dehors de sa propre compétence ou autorité. Ou devrions-nous adopter une règle plus large et dire que l'acte d'un fonctionnaire reste un acte officiel tant que cet acte relève de sa fonction, ce qui aurait pour résultat que l'Etat deviendrait responsable d'un acte *ultra vires* de son fonctionnaire, pourvu qu'il s'agisse d'un acte du genre de ceux qu'il pose dans l'exercice de sa fonction ? » (55). Certes, en cas de responsabilité internationale pour faute personnelle, tout se passe *comme si* l'acte de l'agent étatique restait un acte officiel. En réalité, s'il en va ainsi, c'est parce que l'auteur de la faute per-

(53) P. Reuter, *Droit international public*, 1958, p. 150.

(54) Nous traiterons exclusivement du problème juridique de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, laissant de côté les problèmes techniques et financiers de l'étendue et des modalités de la réparation. Nous n'analyserons donc pas, en principe, la forme que peut revêtir la réparation. Notons toutefois, qu'il existe, en gros, deux formes de réparation : une *forme politique*, qui se traduit par des excuses et des satisfactions de caractère diplomatique et une *forme pécuniaire*, qui se traduit généralement par le versement d'une indemnité : cette indemnité est tantôt accordée comme une *indemnité obligatoire*, tantôt comprise sous la forme d'une *concession gratuite* avec protestation d'irresponsabilité. Sur ce point, cf. J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international*, Paris, 1938.

(55) J.L. Brierly, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1936.IV, p, 172.

sonnelle a apparemment agi en tant qu'agent de l'Etat, ou parce qu'il s'est servi des moyens mis à sa disposition par l'Etat.

A côté de cet intérêt d'ordre technique, il nous faut enfin mentionner un *intérêt politique* considérable; car le régime de la responsabilité internationale pour faute personnelle paraît être appelé à jouer assez fréquemment à l'époque actuelle.

Certes, dans la mesure où la responsabilité interne des Etats pour les fautes personnelles de leurs agents devient plus extensive par suite de l'évolution et du perfectionnement de leur système juridique, la place et le nombre des réclamations internationales concernant les dommages qui résultent de fautes personnelles ont tendance à diminuer, conformément au jeu de la règle de l'épuisement des recours internes. On pourrait alors penser que la responsabilité internationale pour faute personnelle ira chaque jour s'amenuisant.

Il ne semble pas, cependant, qu'il puisse en être ainsi, du moins dans l'immédiat. En effet, nombre d'Etats se trouvent actuellement dans un état de sous-développement administratif, de nature à favoriser l'éclosion de fautes personnelles; d'autant plus que ces pays sont assez fréquemment le siège de crises de xénophobie, auxquelles leurs fonctionnaires ne sont pas totalement étrangers. Des ressortissants d'Etats tiers, se trouvant dans ces pays, peuvent être lésés dans leur personne ou dans leurs biens, à la suite d'actes personnels de ces fonctionnaires. Comme ces pays sont également « judiciairement sous-développés », les ressortissants étrangers victimes de dommages risquent de se heurter à une absence ou à une insuffisance de recours et, par là, de ne pouvoir obtenir réparation des préjudices subis. Il ne leur restera plus alors qu'à faire appel à leur gouvernement. La responsabilité internationale pour faute personnelle pourrait ainsi connaître un regain d'actualité, en tant qu'aspect du phénomène de la sous-administration de certaines régions du globe.

Toutefois, on ne saurait perdre de vue que ce phénomène indiscutable s'accompagne d'un phénomène contraire : la « sur-administration ». De nos jours, les vieux Etats possèdent assez généralement une organisation administrative hypertrophiée, qui les conduit à recruter de plus en plus d'agents. Partant, les risques de fautes personnelles sont considérablement accrus. Cependant, comme ces Etats sont, en règle générale, dotés de recours internes satisfaisants, leur responsabilité pourra ne pas apparaître au plan international.

Dès lors, la responsabilité internationale pour faute personnelle tendrait-elle à n'exister qu'à l'encontre de certains Etats ? Ce régime de responsabilité sera-t-il appelé à jouer seulement à l'égard des Etats administrativement sous-développés ? Ceux-ci accepteront-ils de se voir appliquer des règles juridiques qui ont été élaborées à une époque où

ils n'étaient pas encore membres de la communauté internationale ? Sans doute n'accepteront-ils ces règles que si elles répondent aux besoins de la société internationale actuelle. Il importe donc de déterminer leur origine et leur contenu, pour pouvoir mesurer ensuite leur degré d'application.

Or, ces règles internationales relèvent exclusivement du droit coutumier. Elles ont été posées par la jurisprudence internationale en dehors de tout texte conventionnel. Cette constatation fournit déjà la ligne de conduite à adopter pour l'étude de ce régime de responsabilité.

§ 5. — Méthode de l'étude.

Le problème de la responsabilité des Etats pour les fautes personnelles de leurs agents a été abordé dans quelques accords internationaux conclus récemment, relatifs au statut de forces armées stationnées en territoire étranger, notamment dans le cadre du Pacte atlantique et du Pacte de Varsovie. Ces accords ne contiennent cependant pas de règle très précise; ils fournissent seulement quelques éléments de solution. Aussi l'on peut dire qu'en dehors de l'article 3 de la Quatrième Convention de La Haye, du 18 octobre 1907, qui ne vise que la responsabilité des Etats pour les actes de militaires en temps de guerre, aucun texte de portée générale n'est, à ce jour, intervenu en la matière qui nous occupe.

Certes, la Conférence de codification du droit international, réunie à La Haye du 13 mars au 12 avril 1930, sous les auspices de la Société des Nations, se pencha sur le problème de la responsabilité internationale et examina notamment la question de la responsabilité pour les faits personnels des agents étatiques. Bien qu'elle ait abouti à un échec, n'élaborant aucune convention internationale, elle n'a cependant pas été inutile. Notamment, les « Bases de discussion » élaborées par le Comité préparatoire de la Conférence, désigné le 28 septembre 1927 par le Conseil de la S.D.N. et composé de MM. Basdevant, Castro-Ruiz, François, Cecil Hurst et Pilotti, ont apporté un certain nombre de précisions et de mises au point d'autant plus importantes qu'elles furent établies à la suite d'un questionnaire adressé aux différents Gouvernements membres de la S.D.N. De plus, les discussions qui eurent lieu au sein de la Commission chargée de l'examen du projet de codification du droit international de la responsabilité apportent également des renseignements intéressants et de grande valeur.

Plus récemment, la question de la responsabilité des Etats a été reprise par la Commission du droit international des Nations Unies. Les différents rapports qui y ont été présentés par M. Garcia Amador

notamment fourmillent d'indications précieuses sur la pratique des Etats.

En outre, on ne saurait passer sous silence les travaux consacrés à ce problème par l'Institut de droit international en 1927 et par la Harvard Law School en 1929 et 1961.

Il faut toutefois reconnaître que le problème de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents n'a pas fait l'objet d'un examen très détaillé de la part de ces différentes institutions.

Aussi est-il absolument nécessaire, en ce domaine, de se dégager de toute affirmation doctrinale faite *a priori* et de s'attacher essentiellement à la pratique internationale. Seule l'observation des faits permet, en effet, de dégager les règles suivies par les Etats. La pratique internationale ne peut être sainement étudiée qu'à travers les décisions impartiales d'organes internationaux, à savoir la jurisprudence internationale, en tant que source fondamentale du droit international de la responsabilité.

Les règles internationales concernant la responsabilité des Etats pour les fautes personnelles de leurs agents ont été élaborées exclusivement par la jurisprudence arbitrale. La jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale ne contient rien sur le problème (56). S'agissant de la Cour internationale de justice, on doit cependant noter que, dans son avis consultatif du 20 juillet 1962, relatif à certaines dépenses des Nations Unies (art. 17, par. 2 de la Charte), la Haute Juridiction internationale a été incidemment amenée à relever que « le droit national comme le droit international envisagent des cas où une personne morale, ou un corps politique, peut être lié envers les tiers par l'acte *ultra vires* d'un agent »; en effet, si un acte est accompli par un organe qui n'y était pas habilité, c'est-à-dire « d'une manière non conforme à la répartition des fonctions entre les divers organes, telle que la Charte l'a décrite », il s'agit d'une irrégularité concernant « l'économie interne de l'Organisation » (57). En revanche, la question s'est maintes fois posée devant la soixantaine de Commissions mixtes de réclamation qui, selon un recensement de M. Hudson, ont fonctionné

(56) Les cas de responsabilité qui ont été soumis à la C.P.J.I. n'ont jamais été envisagés sous l'angle de la faute personnelle. Dans l'affaire du vapeur « Wimbledon », tranchée le 17 août 1923, le problème de la responsabilité de l'Allemagne aurait pu être envisagé sous cet angle, si le Directeur du mouvement du Canal de Kiel, qui avait refusé le passage au « Wimbledon », avait agi en contradiction avec les ordonnances allemandes sur la neutralité et les instructions qu'il pouvait avoir reçues. Tel n'était cependant pas le cas et la Cour fit valoir que c'était l'Etat allemand lui-même qui avait à tort interdit le passage du canal. C.P.J.I., série A, n° 1, p. 30.

(57) C.I.J., Recueil, 1962, p. 168.

depuis le milieu du XIX^e siècle jusqu'à la seconde guerre mondiale (58). Depuis 1945, les Commissions de conciliation instituées en vertu du Traité de Paix de 1947 avec l'Italie ont également été amenées à envisager ce type de responsabilité internationale; les décisions qu'elles ont pu prendre à cet égard sont intéressantes, car elles fournissent l'état du droit actuellement en vigueur et indiquent l'évolution possible.

Les règles jurisprudentielles ne seront cependant pas toujours considérées comme suffisantes. Chemin faisant, nous serons parfois conduits à soumettre ces règles à des appréciations critiques ou à rechercher le bien-fondé des solutions retenues. Toutes les décisions arbitrales n'ont pas, en effet, la même valeur et la même portée. La jurisprudence internationale est loin d'être homogène. Compte doit être tenu de l'époque à laquelle interviennent les sentences arbitrales et des Etats qu'elles concernent.

De plus, il sera quelquefois nécessaire de faire appel à des considérations tirées des différents droits internes pour expliquer l'existence des règles juridiques internationales. Par certains côtés, le droit étatique peut, en effet, servir au développement du droit international. Comme l'indiquait Sir Arnold McNair dans son opinion individuelle dans l'affaire du Sud-Ouest africain, les règles et institutions du droit interne peuvent parfois constituer pour le juge international « une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer » (59).

A côté de la jurisprudence internationale, il n'est pas douteux que la correspondance diplomatique, comme preuve de la position des Etats, fournit également quelques éclaircissements et renseignements utiles. Cependant, les notes de chancellerie, malgré l'exactitude des principes qui s'y trouvent énoncés, trahissent fréquemment un certain parti pris dans les affaires auxquelles elles se rapportent. Elles ne peuvent donc être accueillies qu'avec précaution; car il est parfois malaisé de discerner, dans la correspondance entre Etats, ce qui est l'énoncé exact d'une règle de droit positif et ce qui constitue une interprétation unilatérale et quelquefois partiale d'une règle juridique.

D'autre part, il faut se garder d'accorder une trop grande portée à certaines pratiques qui ne représentent pas des règles juridiques véritables, c'es-à-dire s'imposant aux Etats, mais constituent de simples usages de courtoisie. Certes, bon nombre de ces usages tendent à revêtir le caractère de règles obligatoires. On ne peut toutefois pas dire,

(58) Cf. HUDSON, *International Tribunals, Past and Future*, 1944.

(59) C.I.J., Recueil, 1950, p. 148. Voir également la note de La Pradelle et Politis, R.A.I., tome II, p. 278 : « Responsabilité internationale et responsabilité interne forment deux théories séparées, aux règles distinctes, encore que le progrès de l'une puisse, en fait, influer sur celui de l'autre. »

comme le prétendait Finch : « Il est certain que les pratiques des Etats actuellement basées sur la courtoisie internationale deviendront à l'avenir des règles de droit international » (60). Néanmoins, la jurisprudence interne de certains Etats voit, dans ces usages de courtoisie, de véritables règles juridiques. C'est ainsi que dans un arrêt du 6 mars 1923, R.S.F.S.R. c/Cibrario, la cour d'appel de New York proclamait que « les règles de courtoisie font partie du droit appliqué par les tribunaux » (61).

Sur d'autres points, enfin, à défaut de pratique suffisante, nous ne pourrons qu'esquisser des ébauches de solution, en ayant recours au raisonnement par analogie.

§ 6. — Plan de l'étude.

Le problème essentiel qu'il nous faut résoudre est de savoir comment un Etat peut être rendu responsable, au plan international, des fautes personnelles de ses agents. La recherche d'une solution à ce problème suppose toutefois que l'on prenne au préalable une conscience claire d'un certain nombre d'éléments, qui sont à la base de ce régime particulier de responsabilité internationale.

Il est, en effet, nécessaire de répondre à quelques questions préalables : qu'est-ce qu'un agent étatique au regard du droit international de la responsabilité ? quand peut-on dire qu'un agent public commet une faute personnelle susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat ? pourquoi rendre l'Etat responsable au plan international de fautes qui sont personnelles à ses agents ?

Nous efforçant de répondre à ces questions, nous nous arrêterons, dans une première partie, à l'étude des *éléments de base* de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents.

Dans une seconde partie, nous nous attacherons à étudier le *régime* même de cette responsabilité internationale, en montrant selon quel mécanisme juridique un Etat peut se voir imputer des faits dont il n'est pas juridiquement l'auteur et en cherchant à déterminer les circonstances susceptibles d'influer sur l'admission de la responsabilité.

(60) FINCH, *Les sources modernes du droit international*, R.C.A.D.I., 1935-III, p. 585.

(61) A.D., 1923-1924, pp. 42-43.

PREMIERE PARTIE

LES ÉLÉMENTS DE BASE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS

Nous nous placerons d'abord au point de vue de *l'auteur de l'acte dommageable,* en précisant la notion d'agent de l'Etat. Puis, nous analyserons *le fait générateur de responsabilité,* en tentant, sinon de définir, du moins de circonscrire la notion de faute personnelle. Nous chercherons enfin à dégager *le fondement de la responsabilité* internationale pour faute personnelle ,c'est-à-dire ce qui constitue sa raison d'être, sa justification.

CHAPITRE PREMIER

L'auteur de l'acte dommageable : l'agent étatique.

La responsabilité internationale de l'Etat n'est généralement engagée que par l'action de personnes physiques. En effet, en tant que tel, l'Etat ne peut jamais, par lui-même, causer un dommage, alors qu'il peut fort bien subir lui-même un préjudice, un outrage au pavillon, par exemple (1). Le dommage que l'on prétend causé par l'Etat est, en fait, un dommage causé par l'intermédiaire d'un organe ou agent; l'acte dommageable engageant la responsabilité de l'Etat émane toujours d'une personne physique, d'un individu.

Il ne s'agit cependant pas de n'importe quel individu. Pour que l'on puisse considérer l'acte d'un individu donné comme étant un « acte imputable à l'Etat », au sens de l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale, le 14 juin 1938, dans l'affaire des phosphates du Maroc (2), il faut qu'il y ait un certain lien juridique entre l'auteur de l'acte en cause et l'Etat lui-même (3). Autrement dit, il est nécessaire que l'on se trouve en présence d'un acte commis par un agent étatique.

Ce principe a été dégagé par une jurisprudence déjà ancienne, notamment par la Commission américano-mexicaine de 1839, appelée à se prononcer sur des réclamations résultant d'actes dommageables commis par les autorités mexicaines. Parmi les principales applications faites par cette Commission de la règle selon laquelle il doit exister

(1) Ainsi, dans les affaires du « Carthage » et du « Manouba », tranchées par la C.P.A. le 6 mai 1913, la France se plaignait notamment de l'atteinte qui avait été portée au pavillon français ; cf. R.G.D.I.P., 1913, p. 33 et suiv.

(2) C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28.

(3) Nous n'envisageons pas ici évidemment le lien de nature juridique et politique que constitue la nationalité.

un lien entre l'auteur de l'acte dommageable et l'Etat, il faut surtout relever l'affaire Baldwin (4), tranchée le 28 février 1842. Le 14 avril 1871, le surarbitre Lieber appliqua de nouveau le principe dans l'affaire Moses, entre les Etats-Unis et le Mexique (5).

Cette règle fondamentale devait être ensuite réaffirmée à maintes reprises, notamment au cours des célèbres arbitrages vénézuéliens de 1903. Ainsi, l'on pouvait lire dans la sentence rendue dans l'affaire Sambiaggio : « La règle générale est qu'un gouvernement, comme un individu, ne peut être tenu responsable que des actes de ses agents ou des actes dont il assume expressément la responsabilité » (6).

Il ne suffit cependant pas de poser le principe. Encore faut-il rappeler quelles personnes méritent, au regard du droit international, la qualité d'agent étatique et peuvent, de ce fait, engager par leurs actes la responsabilité internationale de l'Etat. Il importe donc de préciser ce que recouvre exactement la notion d'agent de l'Etat au regard du droit international de la responsabilité.

D'autre part, la question s'est souvent posée de savoir si les actes de tous les agents étatiques, sans distinction, étaient également imputables à l'Etat. On a parfois prétendu, et la jurisprudence internationale a quelquefois affirmé que l'Etat ne pouvait être tenu de réparer les conséquences dommageables des actes de tous ses agents, quelles que fussent l'importance et la place de ces derniers au sein de la hiérarchie. En fait, il semble désormais bien établi que tout agent, quel que soit son rang, puisse mettre en cause la responsabilité internationale de son Etat. Nous reprendrons ici les raisons qui ont conduit à cette conclusion, en envisageant les problèmes soulevés par le rang de l'agent en matière de responsabilité internationale de l'Etat.

Nous verrons enfin qu'il n'y a pas non plus lieu de distinguer entre les agents selon la personne publique dont ils relèvent.

Sans doute s'agit-il là de questions qui relèvent du domaine général de la responsabilité; mais il est d'un intérêt essentiel de faire le point sur ces problèmes avant d'examiner les cas dans lesquels les agents étatiques peuvent, à la suite de fautes personnelles, engager la responsabilité internationale de leur Etat. Ces considérations générales ayant trait à la qualité d'agent et à la position de l'agent s'appliquent, en effet, intégralement dans le domaine de la responsabilité internationale pour faute personnelle.

(4) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3235.
(5) *Ibid.*, p. 3127.
(6) Ralston, *Venezuelian Arbitrations*, p. 666 ; R.S.A., vol. X, p. 500.

Section I

LA NOTION D'AGENT DE L'ETAT AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL DE LA RESPONSABILITE

On se trouve ici en présence d'un concept fréquemment utilisé tant par la jurisprudence que par la doctrine du droit international. Cependant, ainsi qu'il en advient fréquemment de toutes les notions un tant soit peu galvaudées, la réalité que recouvre la notion d'agent étatique n'est pas toujours perçue avec netteté. Bien souvent, on emploie indifféremment les termes agent ou représentant. Mais ces deux « pavillons » recouvrent-ils vraiment la même marchandise ? De plus, se pose la question de savoir si les différents critériums de l'agent d'après le droit interne sont applicables en droit international public. Ce n'est qu'après avoir répondu à ces deux questions qu'il sera possible de dégager un critère solide de détermination de la qualité d'agent étatique. En appliquant ensuite ce critère à un certain nombre de cas d'espèce, nous pourrons alors déterminer différents types d'agents étatiques.

§ 1. — Agent et représentant.

« Agent » ou « représentant », les deux termes semblent indifféremment employés par les instances internationales. Mais peut-on déduire du caractère interchangeable de ces deux expressions une identité totale de signification ?

On est sans doute assez fondé à le faire, puisque, selon la formule utilisée par le surarbitre Lieber au nom de la Commission Etats-Unis Mexique, le 14 avril 1871, « un agent public ou une personne dotée d'autorité représente *pro tanto* son gouvernement qui, au point de vue international, est l'agrégat de tous les agents et individus dotés d'autorité » (7).

Un agent est, en effet, d'abord et avant tout, un représentant. C'est quelqu'un qui représente et agit toujours à la place d'un autre. Un agent public est donc, en une certaine façon, un représentant de l'Etat. Pour reprendre les termes mêmes du surarbitre Plumley dans l'affaire Henriquez en 1903, un agent étatique est un individu qui a « un droit à agir au nom et pour le compte du gouvernement, ... quel-

(7) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3127.

qu'un ayant le pouvoir d'exprimer la volonté et les intentions gouvernementales » (8).

Ce droit d'agir au nom et pour le compte d'un gouvernement n'est autre chose que le droit, pour un individu donné, de représenter son gouvernement dans une sphère d'action déterminée. A cet égard, l'analogie entre l'agent et le représentant est évidente. Les actes de l'un et l'autre valent juridiquement comme actes d'un autre sujet. Ainsi, un agent diplomatique apparaît toujours comme le représentant de son Etat. Ne parle-t-on pas d'ailleurs indifféremment d'agents ou de représentants diplomatiques ?

Il y a cependant une différence notable entre ces deux termes. La représentation implique, en principe, un rapport entre deux sujets de droit du même ordre juridique, entre deux personnes juridiques du même système de droit. Au contraire, lorsque l'on parle d'agent, il importe de voir que l'agent peut ne pas être considéré comme un sujet de droit égal à celui pour le compte duquel il agit (9). Ainsi le représentant, *stricto sensu*, d'un sujet de droit international ne peut être, en principe, qu'un autre sujet de droit international. En ce sens, l'Etat français représentait les Etats tunisien et marocain lorsque ceux-ci se trouvaient placés sous le protectorat de la France; l'exercice du droit de traiter et du droit de légation notamment était transféré au représentant (Etat protecteur). Par contre, si l'agent étatique est bien une personne juridique de droit interne, on ne saurait cependant le considérer comme un véritable représentant au plan international, où seule apparaît la personnalité de l'Etat.

Par conséquent, il est nécessaire de prendre quelques précautions lorsque l'on dit de l'agent étatique que c'est un individu représentant l'Etat; car, juridiquement, il n'est pas vrai que l'agent étatique est, au regard du droit international, un véritable représentant.

Sous cette réserve, notons toutefois que les deux expressions sont, de façon fréquente, indifféremment utilisées par la jurisprudence internationale. D'autres qualifications sont encore employées par les arbitres internationaux pour désigner les agents étatiques. Aussi, l'on peut dire, en un sens, que les expressions d'agent, de représentant, de préposé et de mandataire sont synonymes, à ce point de vue.

Ceci posé, il importe de voir que c'est au droit interne de chaque Etat qu'il appartient de déterminer quels sont les agents étatiques, sous réserve toutefois d'un contrôle toujours possible exercé sur cette qualification par les instances internationales, lorsque la question est

(8) RALSTON, *Venezuelian arbitrations*, p. 896.
(9) Cf. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, pp. 252-253.

portée devant elles. En effet, le droit des gens ne s'arrête et ne se limite pas nécessairement aux définitions que les différents droits nationaux peuvent donner de la notion d'agent étatique. Les critères retenus en droit interne ne sont généralement pas valables en droit international.

§ 2. — Les critères inapplicables en droit international.

Le droit international n'est pas lié par les définitions que peuvent donner les législations internes des différents Etats. Sur ce point, la Cour permanente de justice internationale prenait, dans son arrêt du 25 mai 1926, une position très nette, en usant toutefois d'une formule que Karl Strupp jugeait « un peu poétique » (10) : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives (11).

Plus récemment, concernant le différend Flegenheimer, la Commission de conciliation établie par les Etats-Unis et l'Italie en application de l'article 83 du Traité de paix de 1947 déclarait également, dans sa décision rendue le 20 septembre 1958, qu'il lui appartenait d'éclaircir une situation juridique définie par le droit interne américain, « qui, pour elle, en tant qu'organe international, est une situation de fait » (12).

Ainsi, pour le juge international, les législations internes entrent dans le cadre de la simple appréciation des faits. En effet, note M. Roberto Ago, « l'organisation interne de l'Etat et la qualité d'organe qu'y revêtent certaines personnes, ne deviennent pas pour le droit international une organisation et une qualité douées de valeur juridique. Elles ne sont que des données de fait, des prémisses matérielles

(10) Cf. R.C.A.D.I., 1934.I, p. 561, note 1.

(11) C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19. Cf. toutefois, J.A. Stoll, *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales,* Bruxelles, 1962, p. 211 : « ...Malgré l'opinion généralement répandue selon laquelle les lois d'un Etat ne seraient, pour le juge international, que de simples faits, la jurisprudence internationale est loin de confirmer cette opinion. » Cet auteur estime, en effet, que « la déclaration de la C.P.J.I. dans son Arrêt n° 7... n'a pas pu viser de manière générale et *a priori* la façon dont le juge international apprécie le droit interne — puisqu'aussi bien la jurisprudence internationale contient des déclarations contraires à cette opinion — mais que la déclaration de la Cour a été faite à l'égard d'un cas dans lequel, entre l'application d'une loi nationale et l'objet d'un différend international, il existait un rapport de causalité, et que sa véritable portée ne peut aller au-delà des cas de ce genre ».

(12) A.F.D.I., 1959, p. 315.

que le droit des gens utilise comme points de repère pour les jugements juridiques qu'il veut effectuer » (13).

Recourir au droit interne pour savoir quels individus sont investis de la qualité d'agent n'implique donc nullement une attribution de valeur juridique internationale à cette qualitification interne. Un agent de l'Etat n'a la qualité juridique d'agent que dans l'ordre juridique interne. Au plan international, cette qualité d'agent est simplement considérée comme une condition de fait nécessaire à l'examen de sa conduite, afin de l'apprécier comme une conduite étatique (14).

C'est ainsi que les juridictions internationales se sont parfois reconnu la faculté de soumettre à une procédure probatoire les lois nationales et les décisions administratives internes. Dans l'arrêt qu'elle rendait le 12 juillet 1929, par exemple, dans l'affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, la Cour permanente de justice internationale n'hésitait pas à déclarer qu' « elle pourrait être éventuellement obligée de se procurer la connaissance du droit interne qu'il y a lieu d'appliquer; et cela soit à l'aide de preuves que lui fournissent les parties, soit à l'aide de toutes recherches auxquelles la Cour jugerait convenable de procéder ou de faire procéder » (15).

Ce n'est pas à dire cependant que le droit interne doive être prouvé devant une instance internationale comme le droit étranger doit, par exemple, être prouvé devant les tribunaux anglais. La C.P.J.I. posait, en effet, le principe selon lequel le juge international doit, en interprétant les droits internes d'un pays donné, « l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays »; « car ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur » (16).

Il est donc permis d'affirmer que les législations internes qui définissent quelles personnes entrent dans la catégorie des agents de l'Etat, sont de simples indications pour le juge international. Celui-ci peut aller au-delà, comme il peut fort bien rester en deçà. C'était l'idée qu'exprimait le surarbitre Verzijl dans l'affaire Georges Pinson entre la France et le Mexique, le 19 octobre 1928 : « Les dispositions nationales ne sont pas pour lui sans valeur, mais il ne se trouve pas lié par elles; il peut poser des exigences plus rigoureuses que la législation nationale, ... mais il peut également se contenter d'exi-

(13) R. Ago, *Le délit international*, R.C.A.D.I., 1939.II, p. 464.

(14) En ce sens, cf. Marinoni, *La responsabilita delli stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Rome, 1914, p. 115 et s.

(15) C.P.J.I., série A, nos 20-21, p. 124.

(16) C.P.J.I., série A, nos 20-21, p. 124.

gences moins sévères, dans des cas où raisonnablement il ne lui paraît pas nécessaire, afin de former son opinion, de mettre en action l'appareil entier de preuves formelles. » (17).

En conséquence, s'agissant de déterminer le point de savoir si un individu donné peut être qualifié ou non d'agent étatique, le droit international ne s'en tiendra pas aux différents critères qui peuvent être retenus dans les ordres juridiques internes. Notamment, on ne saurait tirer un critère valable de la nature des rapports existant entre l'agent et l'Etat. Il ne saurait être question non plus d'envisager le caractère permanent ou temporaire des fonctions de l'agent, ni le mode de rémunération de ce dernier.

I. — La nature des rapports entre l'agent et l'Etat.

Au regard du droit international, il importe peu que l'agent étatique soit dans une situation statutaire et réglementaire ou dans une situation contractuelle par rapport à l'Etat. Rares sont, à cet égard, les décisions internationales qui prennent en considération la situation de l'agent étatique par rapport à son commettant — son « principal », comme disent les Anglo-Saxons —, c'est-à-dire son gouvernement. On ne peut guère citer qu'un arbitrage rendu à Berne, le 10 août 1937, sur une question litigieuse entre le Gouvernement de l'Empire allemand et le Gouvernement de la République lithuanienne concernant la nationalité de diverses personnes. L'arbitre Victor Merz déclarait : « Est fonctionnaire, selon la conception générale, celui qui, de son propre gré et par un contrat de louage de services, s'engage au service de l'Etat ou d'une personne juridique relevant du droit public, dans le but de remplir une fonction publique » (18).

Toutefois, cette exigence d'un contrat de louage de services, qu'invoquait V. Merz, semble aujourd'hui ne pas pouvoir être maintenue, pour la raison que, dans de nombreux systèmes nationaux, il y a comme une incompatibilité de principe entre la qualité de fonctionnaire et le recrutement par contrat, la situation de fonctionnaire contractuel y étant l'exception.

Aussi était beaucoup mieux fondée et plus juste la réponse au questionnaire établi par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, par laquelle le Gouvernement tchécoslovaque estimait qu'il n'y avait pas à faire de différence selon que « les rapports de service qui lient les agents à l'Etat soient réglés par un statut de fonctionnaires, par un contrat, ou soient seulement des fonctions honorifiques » (19).

(17) R.G.D.I.P., 1932, p. 419, R.S.A., vol. IV, p. 329.
(18) R.S.A., vol. III, p. 1755.
(19) Actes de la Conférence, S.D.N., 1929.V.3, p. 62.

Il ne saurait donc être question de prendre en considération la nature des rapports existant entre l'agent et l'Etat. On ne peut pas notamment retenir l'existence d'un rapport de droit public entre l'agent et l'Etat, comme on le fait en droit français, par exemple, où « le trait essentiel est l'existence d'un lien administratif entre l'employé et une personne publique, c'est-à-dire que l'employé est vis-à-vis de cette personne dans un rapport juridique de droit public », selon l'expression de M. Marcel Waline (20).

II. — Le caractère permanent ou temporaire des fonctions de l'agent.

Au regard du droit international, il n'y a pas non plus lieu de s'attacher au caractère permanent ou temporaire de l'activité de l'agent. Le point de savoir si les fonctions exercées par l'agent au nom de l'Etat absorbent intégralement son activité est irrelevant pour lui reconnaître la qualité d'agent étatique.

En effet, alors que dans la plupart des pays européens, y compris la Grande-Bretagne (21), la fonction publique est considérée comme un métier à part, un cadre où l'on peut faire carrière, il n'en va pas toujours de même ailleurs. Ainsi, aux Etats-Unis, ce n'est point une profession absolument fermée, garantie et fondamentalement distincte des autres; on n'y fait bien souvent que de simples stages, en partant du principe que chaque citoyen doit être à même de participer à la gestion des affaires publiques et peut, en conséquence, faire son instruction civique par le moyen d'un séjour plus ou moins long au sein de l'Administration (22). Bien que l'évolution de la fonction publique américaine dans le sens d'une professionnalisation soit de plus en plus marquée, il convient toutefois de noter que « la notion de fonction publique professionnelle continue à heurter de tenaces préjugés », car « l'idée de profession cadre peu avec la mentalité américaine » (23).

De plus, à l'intérieur d'un même pays, toute une variété de situations est possible. En France, par exemple, alors que le fonctionnaire proprement dit fait toute sa carrière dans l'Administration, il n'en va pas de même pour d'autres catégories d'agents publics, tels que les contractuels liés à la personne publique par un contrat d'une durée déterminée. Au regard du droit public interne, de nombreuses personnes participant de près ou de loin à l'exécution d'une mission de

(20) M. Waline, note sous l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 26 octobre 1956, dans l'aff. Sarre, R.D.P., 1957, p. 306.

(21) Cf. L. Williams, *Crown Proceedings*, Londres, 1948, p. 62 et s.

(22) Cf. R. Grégoire, *La conception de la fonction publique aux Etats-Unis*, Rev. Adm., 1950, pp. 544-554.

(23) Gérard Conac, *La fonction publique aux Etats-Unis*, 1958, p. 43.

service public se sont vues conférer la qualité d'agents publics. On peut ainsi considérer comme agent de l'Etat un moniteur de pilotage recruté par les services de l'aviation légère et sportive du Secrétariat à l'aviation civile et commerciale (24). De la même manière, il a été jugé que le gérant d'une agence postale, désigné par le directeur départemental des P.T.T. (25), le concierge d'un Office public d'habitation à loyers modérés (26), le concierge d'une école primaire communale (27) et un agent du port autonome de Bordeaux (28), devaient être assimilés aux agents publics. Il en va de même aux Etats-Unis, où l'on peut distinguer deux sortes d'agents publics : les fonctionnaires proprement dits, qui figurent statutairement dans les cadres administratifs, et les agents contractuels, nommés en fonction de la conjoncture politique (29).

III. — Le mode de rémunération de l'agent.

On ne saurait, enfin, dégager un critère valable du mode de rémunération de l'agent. Dire que l'agent étatique est celui qui est rémunéré par un prélèvement sur les fonds publics de l'Etat n'est pas toujours très exact et ne permet pas, par conséquent, d'aboutir à des certitudes. Tous les agents de l'Etat ne perçoivent pas nécessairement un traitement inscrit dans les dépenses du budget de l'Etat. Dans certains cas, même lorsque l'agent est rémunéré par un prélèvement opéré sur le budget de l'Etat, cette affectation des dépenses peut ne pas apparaître en clair dans le budget public; ce qui est le cas notamment des sommes prélevées sur des fonds secrets et allouées à des individus qui méritent cependant la qualité d'agents étatiques. De plus, bien des individus agissent bénévolement pour le compte de l'Etat, notamment tous ceux que le droit administratif français définit comme des collaborateurs bénévoles. Et même, dans quelques cas, certaines fonctions publiques sont gratuites.

La dépendance économique et financière dans laquelle se trouverait l'agent vis-à-vis de l'Etat ne représente donc pas un critère suffisant. Tout au plus, cet élément — lorsqu'il existe — peut-il constituer une indication, une orientation, pour le juge ou l'arbitre international.

A la lumière des précédents rencontrés dans la pratique internationale, il semble que le seul critère de l'agent étatique soit celui

(24) Arrêt du Tribunal des Conflits, 13 janvier 1958, Chardon ; R.D.P., 1958, p. 579.
(25) Conseil d'Etat, 21 février 1958, Bergey ; R.D.P., 1958, p. 579.
(26) Cons. d'Etat, 20 mars 1959, Lauthier ; Rec. Lebon, p. 198.
(27) Cons. d'Etat, 27 février 1959, Dame Maiza Khedidja.
(28) Cons. d'Etat, 17 avril 1959, Abadie ; Rec. Lebon, p. 239.
(29) Cf. *Les institutions américaines*, Publication des services américains d'information (U.S.I.S.), Paris, 1958, p. 13.

tiré de la subordination d'un individu aux instances supérieures de l'Etat et du contrôle exercé par celles-ci sur cet individu.

§ 3. — Le critère de subordination et de contrôle.

Georges Scelle définissait les agents en les opposant aux gouvernants. Alors que la compétence des gouvernants, tout en étant liée quant au but de leurs actes, reste généralement discrétionnaire quant à l'opportunité de les accomplir, « l'agent, au contraire, est hiérarchiquement subordonné, c'est-à-dire qu'il est soumis non seulement au contrôle de la légalité comme le gouvernant, mais au contrôle de l'opportunité de la part de ses supérieurs hiérarchiques, qui subissent eux-mêmes celui des gouvernants » (30).

En effet, un agent étatique exerce le droit d'agir au nom et pour le compte du gouvernement qui lui est reconnu, sous le contrôle plus ou moins étroit des autorités gouvernementales. A n'en pas douter, c'est dans ce contrôle exercé par les autorités étatiques supérieures qu'il faut voir l'élément essentiel et déterminant de la qualité d'agent de l'Etat. C'est sur la base de ce critère que le droit international peut imputer à l'Etat les actes dommageables commis par certaines personnes physiques, qui se voient conférer le titre d'agents étatiques (31).

Telle est bien la position adoptée par la jurisprudence internationale, qui s'en tient uniquement à la subordination de l'agent à son gouvernement et au contrôle exercé par celui-ci sur celui-là.

I. — L'affirmation du critère par la jurisprudence internationale.

Au siècle dernier, cette exigence d'un contrôle effectivement exercé par les autorités gouvernementales était déjà mise en avant. Ainsi, avant d'admettre la réclamation de John Bensley contre la République du Mexique, la Commission instituée le 3 mars 1849 par un *Act* du Congrès des Etats-Unis releva que le dommage allégué avait bien été causé « par un fonctionnaire ou des personnes au service ou sous le contrôle du gouvernement mexicain » (32). De même, dans la sentence qu'il rendit dans l'affaire Sambiaggio, entre le Vénézuéla et l'Italie, le surarbitre Ralston insista également sur la nécessité d'un contrôle effectif exercé par le Gouvernement sur ses agents; et il con-

(30) G. Scelle, *Précis de droit des gens*, tome I, p. 18.
(31) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 412.
(32) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3016.

cluait que « les gouvernements sont responsables, en règle générale, pour les actes de ceux qu'ils contrôlent » (33).

Plus récemment, la Commission de conciliation franco-italienne n'a pas hésité, pour déterminer le point de savoir si elle se trouvait en présence d'un agent étatique, à s'en tenir au seul fait du contrôle exercé par les autorités gouvernementales. Le 5 juillet 1954, dans sa décision relative au différend Ousset, elle devait notamment préciser : « Le Gouvernement italien doit être rendu responsable, car c'est lui qui avait nommé le sieur de Bernardis, et il aurait dû le surveiller » (34).

Cette Commission, instituée en vertu de l'article 83 du Traité de paix de 1947 avec l'Italie, semblait ainsi faire découler le contrôle exercé par le Gouvernement sur un agent de la nomination de cet agent par ce même Gouvernement. Cette position a d'ailleurs été adoptée par elle à diverses reprises; et elle en est arrivée à considérer qu'un syndic ou un administrateur-séquestre nommé par le Gouvernement italien était, en raison même de cette nomination, un agent dudit gouvernement (35). Dans sa décision précitée, elle devait même parler d'un syndic, « le sieur de Bernardis, comme organe du Gouvernement italien » (36).

Ainsi se trouvait mis en lumière le lien existant entre le contrôle et l'investiture de l'agent par l'Etat. Cette idée ne semble toutefois pas la seule qui puisse expliquer et justifier le critère retenu par la jurisprudence. Il paraît, en effet, indispensable d'envisager aussi la nature même de l'entité pour laquelle un agent exerce, en définitive, ses fonctions.

II. — La justification du critère.

Il nous faut montrer ici d'où provient le contrôle dont l'agent fait l'objet et dire pourquoi l'agent est nécessairement placé dans un état de subordination par rapport à l'Etat.

A. — *Investiture et contrôle de l'agent.*

Dès lors que le gouvernement d'un Etat nomme un individu dans certaines fonctions, cet individu est réputé agir sous le contrôle du Gouvernement; c'est un agent étatique. A cet égard, il convient de

(33) Ralston, *Venezuelian arbitrations*, p. 666 ; R.S.A., vol. X, p. 500.

(34) Rec. des décisions, fasc. 5, p. 46.

(35) Cf. Rec. des décisions, fasc. I, p. 63, décision n° 20, 5 avril 1949, différend Verdol ; fasc. 3, p. 58, décision n° 93, 14 avril 1951, différend Joseph Ousset ; fasc. 4, p. 29, décision n° 125, 1er mars 1952, différend I.V.E.M.

(36) *Op. cit.*

noter qu'aucun principe de droit international ne paraît interdire à un Etat de donner la qualité d'agent à qui bon lui semble. Ceci se manifeste très nettement pour ce qui est de la désignation des personnes chargées de négocier et de signer des accords internationaux. Pratiquement, l'organe étatique investi du *treaty-making power* peut déléguer ce droit à qui il veut.

Ainsi, dans un jugement en date du 5 février 1956, le tribunal de première instance de Manille constatait, dans l'affaire The U.S.A.F.F.E. Veterans Association Inc. v. the Treasurer of the Philippines et al. : « En fait, quiconque peut être nommé agent d'un Etat en vue de négocier ou de signer un accord international. » (37).

En ce domaine, l'Etat peut même investir de la qualité d'agent des individus qui ne sont pas ses ressortissants. « Il n'y a pas de règle de droit international qui exige qu'un Etat délivre des pleins pouvoirs pour signer un accord international seulement à ses propres fonctionnaires et nationaux. Le président de Haïti délivra des pleins pouvoirs autorisant l'ambassadeur américain à Londres à signer, au nom de la République de Haïti, le protocole prorogeant, à dater du 31 août 1944, l'accord international concernant la réglementation de la production et du marché du sucre, signé à Londres le 6 mai 1937... » (38).

Il est même parfois arrivé que l'individu investi de la qualité d'agent ait la nationalité du pays avec lequel il était chargé de conclure un accord. Ainsi, le 28 juin 1863, un ressortissant américain, qui avait auparavant fait partie du service diplomatique des Etats-Unis, signait un accord, au nom de la Chine, avec le Gouvernement de Washington (39).

Si certains individus étrangers, qui se voient ainsi conférer le titre et les attributions d'agent étatique ou gouvernemental pour négocier un accord international, ne sont, en fait, que des agents tout à fait occasionnels — puisqu'ils ne peuvent être regardés comme tels que pour la durée des négociations et dans les limites de la délégation qui leur est faite —, il n'en va pas de même d'autres personnes qui peuvent être considérées comme des représentants permanents de l'Etat, auquel ne les lie pourtant aucun rapport de nationalité. Il en va particulièrement ainsi lorsque, par un accord international, un Etat confie la représentation de ses intérêts à un autre Etat dans un pays tiers. L'ambassadeur d'un gouvernement peut être en même temps l'agent diplomatique d'un ou de plusieurs autres Etats. On peut citer en ce sens

(37) A.J.I.L., 1956, p. 686.
(38) United States Treaty Practice, p. 33 ; cité par Hans Blix, *Treaty-Making power*, 1960, pp. 94-95.
(39) Cf. C.C. Hyde, *International law*, vol. II, pp. 435-436.

l'accord de coopération en matière de politique étrangère signé le 27 juin 1960 entre la France et la République malgache. Aux termes de l'article 3, la France s'est engagée à assurer la représentation de Madagascar dans les Etats et auprès des organisations internationales où la République malgache n'a pas de représentation propre. Dans ces Etats ou au sein de ces organisations internationales, les représentants diplomatiques et consulaires ou les délégués français sont donc, en même temps, des agents de la République malgache. Aussi l'alinéa 3 de cet article précise-t-il : « A cet effet, le Gouvernement de la République malgache donne, par l'intermédiaire du Gouvernement de la République française, toutes directives aux agents diplomatiques et consulaires et aux délégués français. » (40). Ce qui revient à dire que les agents de l'Etat français sont subordonnés au Gouvernement malgache et agissent sous son contrôle, lorsque leurs actes sont réputés accomplis au nom de Madagascar. Dans cette mesure, ils sont également des agents de l'Etat malgache et peuvent, à ce titre, engager la responsabilité de ce dernier.

Il en va parfois de même en ce qui concerne les agents consulaires. Bien souvent, on voit un Etat confier les fonctions de consul « honoraire » (ou consul marchand) à des individus qui ne sont nullement ses ressortissants. A côté des consuls proprement dits (ou consuls de carrière), qui sont des fonctionnaires publics, citoyens de l'Etat qui les investit, nommés et envoyés dans un pays étranger, il existe, en effet, des agents consulaires non envoyés, pris sur place, qui peuvent être des ressortissants de tierces puissances. C'est même là une pratique habituellement suivie par certains Etats, notamment par la Belgique (41). Il n'est pas douteux que ces consuls honoraires sont également soumis au contrôle de l'Etat pour le compte duquel ils exercent leurs fonctions.

Le contrôle exercé par le Gouvernement sur ses agents dérive donc généralement de la nomination faite par le Gouvernement lui-même. Toutefois, cette nomination ne se fait pas nécessairement à la suite d'un choix des gouvernants. L'investiture de l'agent résulte aussi quelquefois de son élection par les gouvernés. Cependant, au regard du droit international, peu importe l'organe étatique dont l'agent tient son investiture. Il peut évidemment s'agir d'une investiture donnée par l'organe gouvernemental; mais celle-ci peut également être donnée par un organe législatif ou par le corps électoral lui-même. Le fait essen-

(40) J.O.R.F., 20 juillet 1960, pp. 6607-6608.

(41) Cf. A. de Lapradelle et J.P. Niboyet, *Répertoire du droit international*, tome V, p. 38. Voir également J. Zourek, 2e Rapport à la Commission du droit international des Nations-Unies, Annuaire de la Commission, 1957, vol. II, p. 30 ; et article 1er, alinéa 2 de la Convention de Vienne, du 24 avril 1963, sur les relations consulaires.

tiel est que l'investiture est réalisée par l'Etat qui, dans l'ordre international apparaît comme un tout indivisible. En effet, « du point de vue externe, l'Etat est une unité individuelle, parlant avec une seule voix, même s'il le fait par de nombreuses bouches », pour reprendre l'expression imagée de Clyde Eagleton (42).

Si l'investiture de l'agent permet ainsi de justifier le contrôle exercé par l'Etat sur son agent, il faut aussi, semble-t-il, tenir compte de la vocation même de l'organisation étatique. Or, celle-ci se présente essentiellement sous la forme d'un « pouvoir », le pouvoir d'Etat; ce qui explique la subordination dans laquelle se trouve placé l'agent étatique.

B. — *Pouvoir d'Etat et subordination de l'agent.*

Il ne semble pas que l'on puisse situer l'agent étatique en lui-même, en examinant sa situation individuelle; car l'on se heurte à une trop grande diversité de situations, difficiles à rattacher à un critère général, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent. La seule possibilité est alors de considérer l'Etat lui-même. En effet, la notion d'agent n'a finalement de sens et de portée que par rapport à la notion même d'Etat.

On peut dire que la vocation de celui-ci est faite toute d'autorité, à l'intérieur comme vis-à-vis de l'extérieur. C'est même là sa qualité première, pour ne pas dire sa raison d'être. Lorsque l'on envisage les éléments constitutifs de l'Etat, ne parle-t-on pas d'autorité publique ou politique ? Cependant, bien souvent, on présente cette autorité comme s'exerçant avant tout, voire même exclusivement, sur la population et sur le territoire étatiques. Or, cette autorité se manifeste, en premier lieu, au sein même de l'appareil d'Etat, sur ses différents rouages, depuis les instances supérieures jusqu'au dernier des commis de bureau.

D'un autre côté, qui parle d'*autorité* suppose inévitablement et par complémentarité une certaine *subordination*. Ce sont là les deux termes inséparables d'une corrélation. Et c'est précisément cela qui permet d'expliquer le critère servant à qualifier l'agent de l'Etat. L'agent étatique est celui qui se voit confier une mission, qui doit atteindre un certain but, qui est chargé d'exercer une activité, sous la direction et le contrôle de l'Etat.

Ce droit de direction et de contrôle — véritable pouvoir de commandement — est lié à l'exercice d'une fonction par l'agent; car l'agent assume une fonction pour le compte de l'Etat, sous l'autorité

(42) Eagleton, *The responsibility of states in international law*, p. 44. Cf. également, L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 391.

duquel elle est remplie; et c'est l'Etat qui a le pouvoir de donner un sens à l'action de ses agents.

Il est donc indispensable de prendre en considération la subordination de l'agent à l'autorité, même diffuse, que peut exercer l'Etat. L'agent se trouve, en définitive, soumis à la discipline de l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Sera donc un agent étatique tout individu placé dans un rapport de subordination vis-à-vis des gouvernants d'un Etat et soumis au contrôle des autorités supérieures de celui-ci.

*
**

Il ne suffit cependant pas de déterminer le critère permettant de préciser la notion d'agent étatique au regard du droit international de la responsabilité. Il est encore nécessaire de « prendre le pouls » de la pratique internationale, de voir dans quelles conditions la jurisprudence internationale a pu faire application de ce critère. Autrement dit, il faut encore tenter de distinguer les différentes catégories d'agents étatiques susceptibles de faire naître, par leurs actions ou leurs omissions, une responsabilité internationale à la charge de l'Etat au nom duquel ils agissent.

§ 4. — Les différents types d'agents étatiques.

Avant de déterminer les différentes catégories d'individus investis du titre d'agent, il est nécessaire de se demander si l'Etat est obligé, en vertu d'une norme de droit international, de posséder un certain nombre d'agents. Le droit des gens impose-t-il à l'Etat d'avoir tel ou tel agent ? Ou bien, au contraire, se désintéresse-t-il totalement de tout ce qui concerne l'organisation interne de l'Etat ?

Selon l'expression utilisée par M. Guerrero dans son rapport préliminaire à la Conférence de codification de La Haye, « s'il est parfaitement exact que l'Etat n'est pas tenu d'avoir tel ou tel organe, il n'en est pas moins vrai qu'il a l'obligation de créer tous ceux qui lui sont indispensables pour être en mesure de remplir ses devoirs internationaux » (43).

Si, pour être indépendant sur le plan international, l'Etat doit avoir l'exclusivité, l'autonomie et la plénitude de la compétence (44), il doit encore, semble-t-il, dans l'ordre interne, répondre à cinq critères

(43) Actes de la Conférence, S.D.N., 1927.V.I, p. 92.
(44) Voir Ch. Rousseau, *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international*, R.C.A.D.I., 1948.II, pp. 220-249.

pour se voir reconnaître la qualité d'Etat souverain. En effet, le Conseil de la Société des Nations, déterminant les conditions d'émancipation de l'Irak, jusque là placé sous mandat britannique, entérina les principes dégagés par la Commission permanente des mandats au cours de sa vingtième session (9-27 juin 1931). Or, la Commission avait estimé que, pour être qualifié d'indépendant, un Etat devait :

« 1° être doté d'un gouvernement constitué et d'une administration propre à assurer le fonctionnement régulier des services essentiels de l'Etat;

2° être capable de maintenir son intégrité territoriale et son indépendance politique;

3° être en mesure d'assurer la tranquillité publique sur toute l'étendue du territoire;

4° être assuré de disposer de ressources financières telles qu'elles puissent régulièrement pourvoir aux besoins normaux de l'Etat;

5° posséder une législation et une organisation judiciaire qui assure une justice régulière à tous les justiciables » (45).

Le droit international ne dicte pas à l'Etat quelle doit être son organisation interne, quelles doivent être les catégories d'agents nécessaires au fonctionnement de ses services publics. Comme le mentionnait la Résolution adoptée par la Conférence de Cannes, le 6 janvier 1922, « il appartient à chaque pays de choisir lui-même le système qu'il préfère ». Le droit international se réserve toutefois la possibilité de vérifier si l'organisation que l'Etat se donne correspond bien à une sorte de « standard international », à ce que l'on peut raisonnablement attendre de la part d'un Etat digne de ce nom.

Le droit international semble donc renvoyer au droit interne pour ce qui est de l'organisation structurelle de l'Etat. Hans Kelsen affirme ainsi que « l'ordre juridique international délègue aux ordres juridiques nationaux la détermination des individus qui, en leur qualité d'organes de l'Etat, doivent exécuter les actes prescrits ou autorisés par le droit international » (46).

Cette idée d'un renvoi que le droit international ferait aux règles du droit étatique peut cependant prêter le flanc à la critique; car la formule est assez équivoque. Aussi importe-t-il de rappeler que l'organisation interne de l'Etat et la qualité d'organes qu'y revêtent certains individus ne sont pas *ipso facto* douées de valeur juridique internationale; au regard du droit international, ce ne sont que des données de fait. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser ce point.

(45) Cité par Ch. ROUSSEAU, R.C.A.D.I., 1948.II, p. 218.
(46) H. KELSEN, *Principles of international law*, New York, 1952, p. 117.

Le comportement de ces individus doit, en effet, présenter un certain degré de réalité pour qu'il puisse être retenu et valoir comme comportement étatique en droit international. Il y a lieu de recourir ici au principe d'effectivité. Seront considérés comme des agents de l'Etat tous ceux qui seront effectivement apparus comme tels au plan de la société internationale. On est alors naturellement conduit à mentionner, en premier lieu, les agents chargés des relations extérieures de l'Etat. La seconde catégorie à laquelle on songe lorsque l'on parle d'agents de l'Etat est celle des fonctionnaires de l'Administration interne.

Cependant, à côté des agents publics proprement dits, il convient également de retenir les fonctionnaires de fait, ceux qui se sont comportés en fait comme des fonctionnaires véritables. S'il s'agit là d'un cas relativement simple, on rencontre d'autres situations qui ne vont pas sans soulever de nombreuses difficultés.

Il arrive, en effet, que les Etats chargent de l'accomplissement de missions spéciales certains individus qui ne leur sont pas clairement attachés par des liens juridiques définis et qui sont cependant effectivement soumis au contrôle de l'Etat, pour le compte duquel ils agissent. C'est toute la question des agents secrets.

Enfin, des problèmes particuliers ont pu surgir dans certains Etats en raison de l'existence d'organismes tels que les partis uniques, qui se trouvent en fait incorporés à l'Etat. Les membres de ces partis ne peuvent-ils pas, dès lors, être qualifiés, eux aussi, d'agents étatiques ? L'affirmative paraît s'imposer.

I. — Les agents chargés des relations extérieures.

On a parfois avancé l'idée que les seules personnes méritant, au regard du droit international de la responsabilité, la qualité d'agents de l'Etat étaient les individus spécialement chargés de la conduite des relations extérieures. Certes, *au point de vue structurel*, c'est-à-dire s'agissant des relations générales entre Etats, il n'est pas douteux que le terme agent vise uniquement les individus par lesquels l'Etat peut se manifester et agir sur la scène internationale. Au *point de vue délictuel*, on ne saurait toutefois retenir cette opinion.

Elle fut néanmoins soutenue par l'auteur allemand F. Liszt, qui prétendait que la responsabilité internationale de l'Etat ne pouvait être engagée que par les organes étatiques chargés des relations internationales : « L'Etat est sujet immédiat au délit dans tous les actes fautifs contraires au droit, qui sont commis par ses organes de représentation doués d'une compétence de représentation. L'Etat est donc responsable des actes de son chef, de ceux de son ministre des Affaires étrangères, de ses agents diplomatiques, de ses consuls, ainsi que des

actes émanant en temps de guerre des commandants de ses armées. Car ces actes des organes auxquels appartient la compétence de représentation sont des actes de l'Etat lui-même... Les actes des tribunaux et des fonctionnaires administratifs ne sont pas des actes de l'Etat lui-même puisque ces organes de l'Etat n'ont pas de compétence de représentation internationale; et par suite ces actes ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat que par voie indirecte. » (47).

En fait, sera considéré comme agent, capable d'exprimer valablement la volonté de l'Etat, tout individu subordonné au pouvoir d'Etat et soumis au contrôle des organes étatiques supérieurs. Vis-à-vis du droit international de la responsabilité, le chef de l'Etat, le ministre des Affaires étrangères (48), les représentants diplomatiques et consulaires (49), ainsi que les officiers munis d'un commandement en temps de guerre (50), ne sont pas les seules personnes méritant la qualité d'agents étatiques.

Il faut reconnaître toutefois que les actes de ces organes sont beaucoup plus liés à la capacité juridique de l'Etat dans l'ordre international que ne peuvent l'être ceux de n'importe quel autre agent de son organisation interne (51). C'est l'existence de ces agents qui permet à l'Etat d'exercer effectivement ses compétences sur la scène

(47) Listz, *Le droit international*, trad. française, pp. 197-198.

(48) Dans son opinion dissidente sous l'arrêt de la C.P.J.I., du 5 avril 1933, concernant le statut juridique du Groënland oriental, le juge Anzilotti affirmait, à propos de la déclaration Ihlen : « On doit reconnaître l'existence d'une pratique constante et générale des Etats qui attribue au ministre des Affaires étrangères, agent immédiat du chef de l'Etat, le pouvoir de faire aux représentants diplomatiques étrangers des communications relatives aux affaires courantes et en particulier pour leur déclarer quelle attitude adoptera le gouvernement au nom duquel il parle dans une question donnée. Des déclarations de ce genre sont obligatoires pour l'Etat » ; C.P.J.I., série A/B, n° 53, p. 91. — Il est intéressant de noter que, dans l'affaire State of Russia v. National City Bank of New York, la seconde « Circuit Court of Appeal » des Etats-Unis déclara expressément : « Le ministre des Affaires étrangères, dans son caractère public, est l'intermédiaire politique régulier entre l'Etat et les gouvernements étrangers. Il a pleine capacité pour représenter son Etat » ; Cf. A.D., 1933-1934, pp. 63-65 ; A.J.I.L., 1934, pp. 545-546.

(49) Un représentant diplomatique ordinaire est seulement compétent *ex officio* pour représenter son gouvernement auprès d'un souverain étranger ; il n'est cependant jamais lui-même compétent pour conclure un accord international liant le pays qu'il représente. Voir l'incident Kauffmann, entre le Danemark et les Etats-Unis, cf. Briggs, *The validity of the Greenland Agreement*, A.J.I.L., 1941, p. 506 ; Grewe, *Der Gröland-Vertrag von Washington*, Monastschefte für auswärtige Politik, mai 1941, p. 431.

(50) Comme le rappelait le Président Wilson à l'Allemagne, dans sa note du 5 novembre 1918, un armistice est conclu par des chefs militaires, généralement autorisés par leurs gouvernements respectifs. Les commandants militaires sont ici considérés comme des organes exceptionnels des relations internationales, cf. Riccardo Monaco, *Les conventions entre belligérants*, R.C.A.D.I., 1949.II, pp. 287-291.

(51) Sur ce point, cf. Soldati, *La responsabilité des Etats dans le droit international*, Thèse, Berne, 1934, p. 47 et s.

internationale, d'entrer en relation avec d'autres entités étatiques. L'exercice du droit de traiter ou du droit de légation, par exemple, n'est possible que par l'intermédiaire de ces agents.

On ne saurait cependant restreindre la responsabilité internationale de l'Etat aux actions des seules personnes qui ont la capacité d'agir internationalement pour lui (52). Si l'on admet que toute activité de l'Etat contraire au droit international peut engager sa responsabilité, il n'y a aucune raison pour limiter cette responsabilité aux seules personnes qui ont compétence pour agir internationalement au nom de l'Etat. Des dommages peuvent être causés à des étrangers par des agents de l'Administration intérieure de l'Etat — c'est d'ailleurs le cas le plus fréquent —, qui aboutissent à la violation de certains principes du droit des gens. Il serait anormal de prétendre que l'Etat n'est pas internationalement responsable sous le prétexte que ce ne sont pas des agents chargés de ses relations extérieures qui ont causé le dommage.

Il faut, d'autre part, tenir compte d'un fait relativement nouveau. Alors que, dans les relations internationales ordinaires, l'Etat est généralement représenté par un ensemble de fonctionnaires spécialisés, qui constituent les organes de ses relations extérieures, de plus en plus fréquemment, des hauts fonctionnaires relevant de l'Administration intérieure entrent en contact avec des fonctionnaires supérieurs d'Etats étrangers. On assiste ainsi à la conclusion d'accords internationaux par des « organes techniques ». Il s'agit d'agents de toutes catégories dont la compétence de représentation internationale n'est pas prévue par les législations des Etats auxquels ils appartiennent. Une pratique assez générale tend toutefois à s'instaurer et l'on reconnaît la validité de tels accords. On ne saurait cependant déduire du fait qu'un haut fonctionnaire conclut un accord en forme simplifiée que ce fonctionnaire devient, *ipso facto*, un agent chargé des relations internationales. Pourtant, il aura commis un acte engageant internationalement l'Etat. En tant qu'agent, il peut donc mettre en jeu la responsabilité internationale de son Etat (53). On impute ainsi à l'Etat les actions de personnes qui ne sont cependant pas qualifiées par le droit interne pour accomplir normalement de tels actes. *A fortiori,*

(52) Dans la réponse qu'il présentait, le 13 décembre 1928, au questionnaire adressé aux participants à la Conférence de codification de 1930, le gouvernement allemand estimait que la responsabilité internationale de l'Etat existait « dans tous les cas où un organe de l'Etat — n'importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas la qualité pour représenter ce dernier à l'extérieur — agit contrairement au droit international ». Actes de la Conférence. S.D.N., 1929.V.3, p. 168. Voir également R. Redslob, *Traité de droit des gens*, 1950, pp. 231-233.

(53) Cf. Stassinopoulos, *La responsabilité civile de l'Etat du fait d'actes ayant trait aux relations internationales et des actes de gouvernement en général*, R.H. D.I., pp. 127-135.

doit-on admettre qu'il faut imputer à l'Etat les actes des individus à qui le droit interne reconnaît la qualité d'agir comme organes étatiques (54), et qui apparaissent comme effectivement soumis au contrôle des gouvernants. Ainsi, la responsabilité internationale de l'Etat pourra être mise en cause à raison d'actes ou d'omissions de ses agents, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter au point de savoir s'ils ont ou non qualité pour représenter leur Etat sur la scène internationale (55). En effet, la compétence spéciale que possèdent certains agents pour représenter l'Etat dans ses relations extérieures ne leur est pas attribuée par le droit international, mais par le droit public interne. Au regard du droit international de la responsabilité, il n'y a donc pas lieu de retenir l'aménagement et la répartition des compétences effectuées au sein d'un ordre juridique étatique; car il s'agit là d'une question purement interne (56).

C'est pourquoi, il faut également retenir la catégorie des agents publics des différents services internes de l'Etat.

II. — Les fonctionnaires et agents publics.

Il s'agit de tous ceux que la législation française, par exemple, définit comme étant des « personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'Etat, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'Etat » (57).

Plus largement, on peut dire que le fonctionnaire étatique est celui à qui incombe l'accomplissement d'un certain nombre de devoirs publics prévus dans l'organisation administrative de l'Etat, accomplissement qui n'est pas laissé à la discrétion de l'intéressé, mais qui est, au contraire, obligatoirement prescrit.

Le 27 novembre 1863, la Commission mixte de Lima, statuant dans l'affaire de l' « Eliza » entre le Pérou et les Etats-Unis, posait la question de savoir si des pilotes brevetés, dont l'Etat imposait l'emploi dans ses ports, pouvaient être considérés comme des agents publics. Le surarbitre fut alors amené à constater que lesdits pilotes étaient incontestablement des agents publics de l'Etat fédéré de

(54) Voir M. Bourquin, R.C.A.D.I., 1931.I, p. 213.

(55) « Il ne serait pas exact d'affirmer que seuls les organes chargés des relations internationales peuvent engager la responsabilité internationale de l'Etat », écrit M. Eduardo Vitta, *La responsabilita internazionale dello stato per atti legislativi*, Milan, 1953, p. 24.

(56) Cf. Schoen, *Die völkerrechtliche Haftung der staaten aus unerlaubten Handlungen*, p. 50.

(57) Article 1[er] de l'Ordonnance du 4 février 1959, relative au statut des fonctionnaires ; J.O.R.F., 8 février 1959, p. 1747. Notons cependant qu'il s'agit plus d'une description de la situation du fonctionnaire que d'une définition véritable.

Californie, car « le service de pilotage avait été réglé par l'Etat » (58). Les pilotes participaient, en quelque sorte, à l'exécution d'une mission de service public, prévue et réglementée par l'Etat. Cette participation directe à l'exécution d'un service public était suffisante pour leur conférer la qualité d'agents publics de l'Etat, puisqu'ils agissaient au nom et sous le contrôle de celui-ci.

Du fait qu'un individu participe à des fonctions publiques, quel que puisse être le régime juridique interne de cette participation, il se trouve subordonné à l'Etat. Selon la formule utilisée par V. Merz dans la sentence arbitrale déjà citée, « la communauté a le droit de réclamer des fonctionnaires soumis à sa puissance, fidélité, obéissance et scrupuleux accomplissement des devoirs du service » (59).

Au regard du droit international de la responsabilité, il importe peu que cette participation à un service public soit prévue et régie par le droit interne de l'Etat. En conséquence, doivent également être considérés comme des agents étatiques ceux qui exercent en fait des fonctions publiques.

III. — Les fonctionnaires de fait.

Il faut ici mentionner les personnes se trouvant dans une situation que le droit administratif français analyse par la théorie des « fonctionnaires de fait », c'est-à-dire les individus qui se prévalent de la qualité d'agents publics, alors que leur situation n'est pas reconnue normalement par le droit, parce qu'il lui manque un des éléments de base exigés par la loi.

Il arrive parfois que certaines personnes, sans aucun titre légal, agissent en fait comme si elles étaient des agents réguliers de l'Etat. Cette situation peut tenir au fait que ces personnes croient être régulièrement investies d'une fonction publique et de la qualité d'agent public, alors que les titres qu'elles invoquent sont entachés de nullité, quand ils ne sont pas inexistants. Ce peut être aussi le résultat de circonstances exceptionnelles, de troubles occasionnés par une émeute ou par un état de guerre, où l'on voit certains individus suppléer consciemment à une défaillance ou à la paralysie des pouvoirs publics. Il peut enfin s'agir d'une situation où des personnes se trouvent en fait avoir l'usage de deniers publics et les gèrent dans l'intérêt de la collectivité.

Dans ces cas, le droit administratif français attache certaines conséquences aux agissements des fonctionnaires de fait, « lorsque les tiers ont pu croire raisonnablement que l'auteur de l'acte était régulière-

(58) R.A.I., tome II, p. 274.
(59) R.S.A., vol. III, p. 1755.

ment investi » (60). Le fonctionnaire de fait, le comptable de fait arrivent alors à être, dans une certaine mesure, soumis aux mêmes règles, aux mêmes obligations, aux mêmes sanctions que les autorités régulièrement nommées.

Si l'on se place au point de vue du droit international, on doit admettre que les actes des individus qui agissent dans ces conditions sont imputables à l'Etat et peuvent, en conséquence, entraîner la mise en œuvre de sa responsabilité. En effet, en tant qu'entité permanente et souveraine, l'Etat ne peut pas s'affranchir totalement des conséquences d'actes accomplis en son nom par une simple autorité de fait (61).

Il est admis, par exemple, qu'un gouvernement de fait peut engager internationalement l'Etat et conclure des traités qui obligeront ensuite l'Etat. Comme le constatait le tribunal arbitral franco-chilien, dans une sentence rendue le 5 juillet 1901, « la capacité du Gouvernement pour représenter l'Etat dans les relations internationales ne dépend à aucun degré de la légitimité de son origine. L'usurpateur qui détient en fait le pouvoir avec l'assentiment exprès ou tacite de la nation agit et conclut valablement au nom de l'Etat des traités que le Gouvernement légitime restauré est tenu de respecter » (62).

Il ne faudrait cependant pas croire que la pratique internationale puisse se référer uniquement à la théorie des autorités de fait, qui est une théorie du droit interne français, pour donner une base à cette imputation. Elle recourra au besoin à d'autres constructions ou à des analogies empruntées à d'autres théories juridiques, comme la gestion d'affaires par exemple. Elle pourra aussi faire appel à la notion d'apparence, qui permet d'attribuer certains effets de droit à ce qui a pu sembler être la vérité juridique aux yeux des tiers. En réalité, il y a entre la notion de situation de fait et celle d'apparence des relations très étroites; elles se confondent bien souvent, comme nous aurons l'occasion de le montrer dans la seconde partie.

A côté de ces personnes que les tiers considèrent comme régulièrement investies, il en est d'autres dont le public ne soupçonne généralement pas le lien de rattachement à l'Etat, soit parce que ce lien n'apparaît pas nettement, soit parce qu'on n'a pas coutume de mettre l'accent sur lui. Il faut tout d'abord retenir le cas de ceux que l'on peut appeler des « fonctionnaires de l'ombre ».

(60) Gaston JÈZE, *Principes généraux de droit administratif*, 3e éd., 1930, tome II, p. 288.

(61) Cf. C.C. HYDE, *International law*, vol. II, pp. 986-987. Voir également Karl STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, pp. 89-96.

(62) DESCAMPS et RENAULT, *Recueil international des Traités du XXe siècle*, p. 396.

IV. — Les agents secrets (63).

On doit s'arrêter à certains individus qui agissent à l'instigation de l'Etat dans des domaines qu'il est permis de qualifier d' « œuvres basses », à savoir : l'espionnage et le sabotage. Il s'agit d'auxiliaires secrets, sans statut officiel déterminé, mais dont la situation de dépendance par rapport à des agents gouvernementaux reconnus ne va pas sans rappeler les relations entre préposé et commettant, telles que les caractérise le droit privé français.

Ces espions et ces agents provocateurs sont liés à l'Etat. Cela ne fait aucun doute. Aussi leurs actes doivent-ils être imputés à l'Etat, mis au compte de celui-ci. Cependant, la plupart du temps, les moyens de prouver l'existence de ce lien font défaut; il est, dans la plupart des cas, extrêmement difficile d'apporter la preuve que l'action de ces individus relève, en dernière analyse, de celle d'un fonctionnaire étatique, qui les dirige et les contrôle. Leur action devant rester secrète, le lien qui les rattache à un Etat doit également, par définition, être imperceptible. Ce lien est si peu perceptible, qu'il arrive même parfois que l'agent secret ait la nationalité — soit effective, soit simplement apparente — du pays dans lequel il opère.

Toutefois, si l'on parvient à prouver la réalité de l'existence de ce lien, l'Etat devra réparer les dommages occasionnés par l'action de ses agents secrets. D'ailleurs l'activité de ces agents ne peut qu'engager la responsabilité internationale de l'Etat; car elle est, par hypothèse, destinée à porter atteinte aux intérêts et aux biens d'autres Etats. C'est ainsi que la Commission mixte germano-américaine, établie conformément à l'accord du 10 août 1922, fut saisie de cas de sabotage, dans les affaires Black Tom et Kingsland (64).

Il s'agissait de réclamations américaines pour des dommages résultant d'incendies provoqués par des agents allemands sur le territoire américain en juillet 1916 et janvier 1917, c'est-à-dire avant l'entrée en guerre des Etats-Unis. Dans l'accord précité, l'Allemagne avait reconnu sa responsabilité pour les dommages ainsi occasionnés aux biens de citoyens américains pendant la neutralité des Etats-Unis, à condition toutefois que la preuve fût apportée que ces dommages résultaient bien d'actes de ses agents.

Les personnes soupçonnées d'avoir causé ces incendies étaient tellement liées aux autorités allemandes que l'Allemagne aurait pu être déclarée responsable, si lesdites personnes avaient réellement été les

(63) Dans le véritable sens du mot, c'est-à-dire, dont la qualité n'apparaît pas. Il ne faut pas les confondre avec les « envoyés confidentiels » ou les « négociateurs secrets », qui sont officiellement accrédités, bien que de façon non publique.

(64) A.J.I.L., 1931, pp. 147-168.

auteurs des actes dommageables. La Commission ne possédait cependant aucune preuve directe et définitive sur ce point. Aussi, le 16 octobre 1930, dans l'affaire Kingsland, elle se borna à déclarer que l'incendie d'où résultaient les dommages, ne semblait pas avoir été causé par des agents allemands, et qu'en conséquence, l'Allemagne ne pouvait en être rendue responsable. De même, dans l'affaire Black Tom, en l'absence de preuve véritable, elle s'estima « loin d'être convaincue que l'incendie avait été l'œuvre d'un agent allemand ».

On peut, par conséquent, dégager de ces affaires le principe selon lequel les actes dommageables commis par des agents secrets engagent la responsabilité internationale de leur Etat, lorsqu'il est prouvé, d'une part, que l'on se trouve bien en présence d'agents et, d'autre part, que ces actes dommageables sont l'œuvre desdits agents.

Dans certains cas, l'Etat reconnaît plus ou moins officiellement, de façon plus ou moins ouverte, que des individus se livrant à des activités d'espionnage pour son compte sont de véritables agents relevant de son autorité. Un incident récent, opposant la Suisse à la Tchécoslovaquie, en apporte la preuve.

En janvier 1961, les autorités helvétiques arrêtaient, sous l'inculpation d'espionnage, deux ressortissants tchécoslovaques porteurs de passeports diplomatiques, mais ne faisant partie d'aucune mission diplomatique ou délégation auprès d'une organisation internationale. Dans une note remise le 3 février 1961 au ministre de Tchécoslovaquie à Berne, le Conseil fédéral helvétique déclarait que le Gouvernement tchécoslovaque avait délivré à ces deux individus des passeports diplomatiques, « afin de faciliter et de couvrir leur activité illégale en Suisse » et de permettre à « des agents de son service de renseignements » de bénéficier, ou d'invoquer le droit au bénéfice, d'une certaine immunité (65).

L'attribution de ces pièces officielles ne constituait-elle pas, en elle-même, une reconnaissance implicite de la qualité d'agent étatique au profit d'espions gouvernementaux ? On peut aisément soutenir ce point de vue.

Il est également possible de citer, dans le même ordre d'idées, un certain nombre d'enlèvements frauduleux opérés par des personnes apparemment privées, mais agissant en fait pour le compte d'un Etat étranger. Dans sa sentence du 24 février 1911, la Cour permanente d'arbitrage a eu incidemment l'occasion de condamner de telles pratiques, à propos de l'affaire Savarkar (66).

Cette matière des enlèvements a d'ailleurs donné lieu à de nombreux litiges, généralement réglés par voie diplomatique, par entente

(65) R.G.D.I.P., 1961, pp. 620-623.
(66) Cf. Scott, *Travaux de la C.P.A.*, p. 294.

directe entre les parties en conflit. Il en fut notamment ainsi dans l'affaire Jacob, qui connut son heure de célébrité quelques années avant le déclenchement de la seconde guerre mondiale (67).

Le 9 mars 1935, Berthold Jacob, journaliste allemand anti-hitlérien, réfugié en Suisse, était enlevé dans la région de Bâle par des personnes agissant pour le compte des autorités du Reich allemand, en fait par des agents de la « Gestapo » (68). A la suite de démarches diplomatiques, le Gouvernement allemand accepta la proposition, présentée par la Suisse le 27 avril, d'un règlement arbitral sur la base du Traité d'arbitrage et de conciliation germano-suisse du 3 décembre 1921. Un compromis d'arbitrage fut signé le 26 juillet 1935. Mais, le 17 septembre, un arrangement extra-judiciaire devait intervenir entre les deux Etats en litige, les autorités allemandes désirant sans doute éviter qu'une quelconque lumière fût projetée sur les activités de ses agents à l'étranger (69).

Le Gouvernement allemand, reconnaissant les faits, désapprouva officiellement l'attitude adoptée par ses agents et assura avoir pris contre eux des sanctions. Ces déclarations des autorités allemandes conduisent à considérer ces auxiliaires agissant en secret comme de véritables agents de l'Etat. Leurs actes peuvent donc être imputés au Gouvernement pour le compte duquel ils opèrent.

Plus récemment, la question était à nouveau soulevée, à l'occasion de l'affaire Eichmann, concernant l'enlèvement et l'arrestation en territoire argentin, par des agents israéliens, d'un ressortissant allemand recherché pour crimes de guerre (70). Israël prétendait, dans une note adressée le 21 juin 1960 au Président du Conseil de sécurité des Nations Unies, que la capture d'Eichmann était l'œuvre de « volontaires juifs qui ont placé cette mission historique au-dessus de toute

(67) Friedenswarte, 1935, p. 157 ; R.G.D.I.P., 1936, p. 638. Une affaire analogue avait eu lieu entre la Suisse et l'Italie, en 1928, l'affaire Cesare Rossi, qui fut réglée par les mêmes voies. Cf. R.G.D.I.P., 1930, p. 445, note 71 ; Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1929, p. 283.

(68) La « Geheime Staatspolizei » était issue de l'unification des divers éléments de la police politique des différents Etats fédérés allemands. C'était donc une organisation officielle d'Etat. Ce caractère était cependant atténué par l'incorporation à cette organisation d'un certain nombre d'individus non fonctionnaires.

(69) Le 21 juin 1935, les autorités fédérales suisses devaient prendre un arrêté « tendant à garantir la sûreté de la Confédération » et punissant les auteurs d' « actes officiels exécutés sans droit pour un Etat étranger ». L'article 1er dudit arrêté visait tout individu « qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui, normalement, relèvent des pouvoirs publics ». Cette mesure de circonstance mettait bien l'accent sur les fonctions étatiques exercées par des agents secrets, cf. R.G.D.I.P., 1936, p. 319.

(70) Cf. Ch. Rousseau, *Chronique des faits internationaux*, R.G.D.I.P., 1960, pp. 772-786. Voir également : Helen Silving, *In re Eichmann : a dilemma of law and morality*, A.J.I.L., 1961, pp. 307-358.

autre considération » et qu'il avait tout d'abord ignoré l'action entreprise (71).

Au cours des débats au Conseil de sécurité, ne s'attardant pas à relever ce que cette explication pouvait avoir d'invraisemblable, le délégué argentin, M. Amadéo, s'attacha à montrer qu'Israël avait endossé l'action des ravisseurs en exprimant ses regrets à l'Argentine. Constatant que le Gouvernement israélien avait ainsi admis et fait siens les actes de ceux qui s'étaient rendus sur le territoire argentin pour y procéder à une arrestation, le représentant de Ceylan devait, de son côté, comparer l'action d'Israël à celle d' « un Etat (qui) envoie ses agents dans le territoire d'un autre Etat » (72).

Négligeant le point de savoir si les auteurs de l'enlèvement d'Eichmann étaient ou non des particuliers, c'est-à-dire ne relevant pas de l'organisation étatique, la majorité des Etats les considéra en fait comme de véritables émissaires secrets du Gouvernement israélien, qu'ils fussent des agents recrutés à titre volontaire ou des membres des services spéciaux (73).

Dans quelques-unes de ces affaires, une question connexe apparaît : celle de savoir si les membres du parti politique dans les régimes de parti unique ne constituent pas, dans une certaine mesure, des agents de l'Etat.

V. — Les membres du parti en régime totalitaire.

M. Paul Reuter pose la question de savoir si, « dans les Etats totalitaires, le parti unique qui contrôle l'Etat peut être considéré ou bien comme un organe de l'Etat ou bien comme agissant pour son compte » (74). Un certain nombre d'arguments conduisent à répondre par l'affirmative. Les uns peuvent être tirés du droit interne des Etats à parti unique; les autres résultent de la pratique internationale.

A. — *Arguments tirés du droit interne.*

La Constitution de l'U.R.S.S., par exemple, précise, en son article 126, que le parti est le « noyau dirigeant de toutes les organisations de travailleurs, aussi bien des organisations sociales que des organisations d'Etat ». C'est donc reconnaître juridiquement la place préé-

(71) Revue des Nations Unies, juillet 1960, p. 28.

(72) Revue des Nations Unies, août 1960, p. 13.

(73) Cette question est d'une actualité brûlante, car le recours aux services spéciaux est de plus en plus fréquent aujourd'hui. A n'en pas douter, il y a dans cette pratique, une possibilité d'extension de la responsabilité internationale des Etats.

(74) Paul Reuter, *La responsabilité internationale*, Cours de doctorat, 1955-1956, Les Nouvelles Institutes, Paris, p. 90.

minente du parti au sein de l'Etat (75). De même, l'article 56-II de la Constitution hongroise du 18 août 1949 envisage le parti comme étant « la force dirigeante de l'activité de l'Etat ». Le rôle moteur dans l'activité étatique est ainsi attribué au parti politique.

L'existence d'un parti politique unique dans un pays implique, en effet, une concentration absolue des pouvoirs au profit de ce parti, plutôt qu'au profit du Gouvernement proprement dit. On peut alors estimer que l'ensemble des organes traditionnels de l'Etat constitue seulement des moyens d'action par lesquels s'exprime la volonté du parti lui-même. Le parti est le véritable centre d'impulsion de l'activité étatique. Il est donc permis d'affirmer, avec M. Maurice Duverger : « Les organes constitutionnels sont des instruments : le parti est la main qui les anime et l'esprit qui les oriente » (76).

Non seulement le parti se voit intégré dans l'Etat, mais on assiste même parfois à une identification de celui-ci et de celui-là. Cette identité du parti et de l'Etat fut proclamée officiellement sous le régime fasciste italien. Une série de textes législatifs vint établir et accentuer l'union organique de l'Etat et du parti. Ainsi, la loi du 14 décembre 1929, modifiant celle du 9 décembre 1928, sur l'organisation et les attributions du Grand Conseil du Fascisme et réglant l'organisation du parti national fasciste (P.N.F.), prévoyait que le statut du P.N.F. serait approuvé par décret royal, sur la proposition du Premier ministre et après avis du Conseil des ministres (art. 6). De même, elle organisait la nomination du secrétaire du P.N.F., qui devait intervenir par décret pris sur proposition du chef du Gouvernement.

Le statut du parti fasciste, en date du 17 novembre 1932, déclarait en son article 1er : « Le Parti National Fasciste est une milice civile aux ordres du Duce et au service de l'Etat fasciste. » Un décret-loi du 11 janvier 1937 devait même aller plus loin, puisqu'il consacrait l'attribution, ès-qualités, au secrétaire du parti, du titre et des fonctions de ministre-secrétaire d'Etat.

L'Allemagne hitlérienne devait connaître le même phénomène. Le « Staatspartei » pouvait être considéré comme une « formation officielle, organisme public, service d'un type nouveau, à la fois ecclésias-

(75) Après avoir constaté, en préambule, que « le parti... est la forme supérieure d'organisation politique et sociale, la force qui dirige et oriente la société soviétique », les Statuts du parti communiste de l'U.R.S.S., élaborés au cours du XXIIe Congrès, précisent dans leur article 35 : « Le Comité central du Parti communiste de l'Union soviétique... oriente le travail des organismes centraux de l'Etat. » Cf. Cahiers du Communisme, n° spécial, décembre 1961, pp. 565 et 573.

(76) M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, P.U.F., 1955, p. 355.

tique, militaire et policier, comparable à une église, une armée et une police supplétives » (77).

L'absolutisme du parti unique, de simple fait politique qu'il était à l'origine, se vit consacré par la création d'un « droit public du parti unique ». En effet, une loi intervint le 14 juillet 1933 pour assurer l'unité du parti et de l'Etat. Aux termes de l'article 1er de cette loi, « le parti ouvrier national-socialiste allemand » devenait « le support de la pensée de l'Etat » et était déclaré « lié à l'Etat de façon indissoluble ». L'alinéa 2 de l'article précisait même : « Il est une corporation de droit public » (78).

A la question de savoir si les membres du parti unique doivent être considérés comme des agents de l'Etat, il peut donc être répondu de façon affirmative. La pratique internationale apporte d'ailleurs une série d'arguments en ce sens.

B. — *Arguments tirés de la pratique internationale.*

L'accord germano-belge conclu par un échange de notes en date du 10 mai 1935, au sujet de l'institution d'une procédure d'enquête sur certains incidents de frontières causés par des membres du parti nazi, est, sur ce point, suffisamment éloquent. Le texte du Préambule de l'accord parle, en effet, de « personnes ayant un caractère officiel ». L'article 1er de l'accord se réfère ensuite aux incidents résultant « de l'exercice des fonctions d'une personne se trouvant directement ou indirectement au service de l'autre partie contractante » (79).

On peut donc dire que, par cet accord, l'Allemagne reconnaissait la qualité d'agent, non seulement aux individus revêtus d'un caractère officiel et se trouvant directement à son service, mais encore à tous ceux qui agissaient indirectement pour le compte de l'Etat allemand, pourvu que leurs fonctions fussent officiellement consacrées par le Gouvernement du Reich. C'était, peut-on dire, le cas pour les membres du parti d'Etat hitlérien.

Dans le même sens, il convient également de relever la décision n° 144 rendue par la Commission de conciliation franco-italienne, le 17 janvier 1953, dans l'affaire Mossé. Des actes dommageables pour les biens d'un ressortissant français avaient été commis en mai 1944 par des membres du parti fasciste P.S. réorganisé par Mussolini dans le cadre de la République dite de Salo, en Italie du Nord, après l'armistice du 8 septembre 1943. Après avoir relevé qu'il n'était pas possible

(77) M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2e éd., 1961, p. 124.

(78) Pour l'ensemble de ces textes, cf. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 3e éd., 1938, tome I, pp. 115-116.

(79) Rec. des Traités S.D.N., tome 165, p. 170.

de contester le caractère officiel de ces actes dommageables, la Commission décida que l'on ne pouvait considérer comme étrangères aux organes de la République de Salo « les forces armées du parti fasciste reconstitué, en raison de la situation qui était réservée à celui-ci en fait et en droit par ladite République ». Ces mesures avaient, en effet, été prises au nom de « celui qui exerçait, en fait, le pouvoir politique sur le territoire où les biens se trouvaient ». L'opération apparaissait « comme une mesure due à ceux qui exerçaient alors, au point de vue du droit international, l'autorité politique à Milan, c'est-à-dire, aux organes de la République de Salo » (80).

La question n'est pas seulement d'intérêt historique. Un certain nombre de pays vivent aujourd'hui dans le cadre et les normes du régime de parti unique, où l'identité du parti et de l'Etat constitue la base véritable du régime politique. En dehors des Etats du bloc communiste, plusieurs pays en voie de développement connaissent ce phénomène. Dans la plupart des nouveaux Etats africains de tradition française, par exemple, on se trouve en présence d'un parti unique, ou d'un parti fortement dominant qui tend à l'unicité (81). « Dans les Républiques d'outre-mer, notait en 1959 M. P.-F. Gonidec, il semble que le totalitarisme menace de s'installer. La coexistence du fait colonial et du sous-développement a favorisé la tendance au parti unique » (82). Cette tendance vers un pouvoir oligarchique se manifeste, sur un plan assez général, dans la majorité des pays anciennement colonisés. Le parti est alors un organe de l'Etat, un des rouage essentiels de la vie étatique. Ses membres sont, pensons-nous, des agents de l'Etat. Ces Etats doivent donc répondre, dans l'ordre international, des agissements des membres du parti (83). Des actes qui pourraient être, *a priori*, considérés comme des actes de particuliers, des actes privés, sont en fait imputables à l'Etat, étant donné le caractère très étroit du lien unissant ces particuliers à l'Etat. En effet, un tel déplacement du centre de gravité du pouvoir politique interne influe nécessairement

(80) Recueil des décisions, fascicule 4, p. 125 ; I.L.R., 1953. pp. 217-222. A noter que la Commission fait ici application du principe d'effectivité pour affirmer que les membres de ce parti étaient bien les agents d'un Etat. Elle invoque en ce sens l'autorité de Balladore Pallieri : « L'organisation interne à laquelle se réfère l'ordre international est celle qui, en fait, est réellement existante à l'intérieur de l'Etat. Le droit international ne considère pas à ce sujet, comme organisation celle qui devrait être selon les règles internes, mais celles qui existent effectivement et positivement... L'imputation concerne quiconque possède l'autorité publique réelle à l'intérieur de l'Etat. » (Droit international public, p. 92.)

(81) Après l'accession de l'Algérie à l'indépendance, n'a-t-on pas également assisté à une série de mesures du gouvernement algérien tendant à monopoliser l'ensemble de la vie publique au profit du parti officiel ?

(82) P.F. Gonidec, *Constitutions des Etats de la Communauté*, Sirey, 1959, p. 8.

(83) En ce sens, cf. L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, L.G.D.J., 1962, pp. 173-174.

sur la mise en œuvre du droit international, non seulement au plan des conceptions politiques, mais encore au niveau des techniques juridiques. « A un accroissement exceptionnel du pouvoir dans l'ordre interne, écrit M. Charles de Visscher, correspond logiquement une extension des responsabilités internationales » (84).

Cette identification des instances étatiques et d'organisations qui sont privées dans la forme se rencontre également dans d'autres domaines. Des agences de presse ou des journaux se trouvent parfois liés de façon tellement étroite au pouvoir gouvernemental qu'on pourrait presque les considérer comme des organes étatiques, surtout lorsqu'ils revêtent le caractère d'instruments dociles entre les mains de la direction politique du pays. On peut alors présumer que leurs activités sont directement inspirées par le Gouvernement (85). Parfois même, des organes de presse semblent se comporter comme de véritables organes étatiques. Ainsi, à la suite de la publication dans les « Izvestia », le 29 juin 1964, d'un article injurieux pour le Président de la République fédérale allemande M. Luebke, le ministère ouest-allemand des Affaires étrangères avait protesté, le 8 juillet, auprès de l'ambassade de l'U.R.S.S. à Bonn. Quelques jours plus tard, un rédacteur du journal soviétique venait présenter les excuses des « Izvestia » à l'ambassade d'Allemagne à Moscou, lesquelles furent acceptées par le Gouvernement fédéral allemand (86). A n'en pas douter, il y a là une évolution notable depuis quelques années; mais toutes les conséquences logiques n'en ont pas encore été tirées au plan du droit international (87).

Il n'est pas douteux que les actes des individus qui se voient ainsi reconnaître le titre d'agents étatiques, sont directement imputables à l'Etat. Cependant, s'il est nécessaire que l'on se trouve en présence d'un acte dommageable commis par un agent pour qu'apparaisse la responsabilité internationale de l'Etat, celle-ci se trouvera-t-elle automatiquement engagée à la suite de cette seule constatation ? Ou bien, y a-t-il lieu de distinguer entre les agents, en tenant compte de la position occupée par eux ? Faut-il notamment prendre en considération le rang occupé par l'agent au sein de la hiérarchie ?

(84) Ch. de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., Pédone, 1962, p. 356.

(85) V. W. FRIEDMANN, *The growth of state control over the individual and its effect upon the rules of international state responsibility*, B.Y.B., 1938, pp. 118-150.

(86) R.G.D.I.P., 1964, pp. 922-923.

(87) Cf. cependant M.A. MADJD, *La presse et la responsabilité internationale de l'Etat*, Thèse, Paris, 1959 (dactylogr.).

Section II

L'INFLUENCE DU RANG DE L'AGENT SUR LA DETERMINATION DE LA RESPONSABILITE

En principe, la responsabilité internationale de l'Etat est engagée, quel que soit le rang dans la hiérarchie de l'agent auteur du dommage (88). Cependant, on a parfois essayé d'établir que l'Etat ne serait pas responsable pour les actes de ses agents subalternes. Cette position fut soutenue essentiellement dans les pays américains. Elle se vit appliquée par certaines commissions inter-américaines (89), alors que d'autres instances internationales refusaient d'établir entre les agents étatiques une distinction, selon le rang occupé par eux.

§ 1. — Les fluctuations de la jurisprudence.

C'est ici le lieu de constater que la jurisprudence internationale ne connaît point l'homogénéité et l'unité que peut revêtir une jurisprudence interne. Elle varie suivant les époques; ce qui est normal, étant donné la relativité du droit international. Elle est également variable selon les régions et selon les juges ou les arbitres appelés à prendre les décisions. Il n'est donc nullement étonnant que la jurisprudence internationale ait, dans certains cas, fait la distinction entre fonctionnaires supérieurs et agents subalternes et, dans d'autres hypothèses, repoussé cette distinction.

I. — La distinction entre fonctionnaires supérieurs et agents subalternes.

La Commission mixte instituée par la convention conclue le 4 juillet 1868 entre les Etats-Unis et le Mexique fit application de cette doctrine. Dans l'affaire Blumhardt, l'arbitre Thornton décida que le Gouvernement mexicain ne pouvait pas être rendu responsable des actes illégaux d'une autorité subalterne; l'étranger lésé aurait dû mettre directement en cause la responsabilité personnelle de l'agent fautif (90). Le même arbitre déclarait également, dans l'affaire Smith :

(88) « On ne peut guère dire qu'une règle certaine existe concernant une classification basée sur le rang des autorités », écrivait en 1933, F.K. Nielsen, *International law applied to reclamations* (mainly in cases between the United States and Mexico), p. 30.

(89) Voir Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 563 et s.

(90) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3146.

« Le Gouvernement mexicain ne peut être jugé responsable des actes illégaux des autorités judiciaires inférieures » (91). En 1871, dans l'affaire Moses, l'agent mexicain prétendait que le dommage, ayant été causé par « des autorités subalternes ou inférieures », ne pouvait entraîner la responsabilité du Mexique (92). Le 7 juin 1876, tranchant l'affaire Slocum, le surarbitre Thornton se déclarait « d'avis que le Gouvernement mexicain ne peut être tenu responsable pour les actes d'autorités subalternes », et il décidait, en conséquence, de rejeter la réclamation américaine (93).

De même, en 1889, dans l'affaire Morrill opposant les Etats-Unis et le Vénézuéla, il fut décidé que le Gouvernement vénézuélien n'avait pas à répondre des actes dommageables commis par des agents subalternes (94).

Aussi, l'on conçoit que Borchard ait pu écrire en 1915 : « Un examen de la plupart des affaires confirme le point de vue selon lequel, en règle générale, l'Etat n'est pas responsable des actes extravagants ou illégaux de ses fonctionnaires inférieurs » (95). Un acte dommageable commis par un agent inférieur ne pouvait, selon lui, être réputé acte de l'Etat, tant qu'une autorité administrative supérieure n'avait pas expressément ou tacitement ratifié cet acte.

L'autorité de l'éminent auteur américain devait être, par la suite, fréquemment invoquée à l'appui de la thèse selon laquelle la responsabilité internationale de l'Etat n'est pas engagée par les actes des agents subalternes. Ainsi, dans l'affaire Baldwin, en 1933, le Gouvernement de Panama répliquait, en avançant d'ailleurs un argument peu convaincant : « Un Etat n'est pas responsable en droit international pour les actes des petites autorités telles que les agents de police, attendu que la responsabilité d'un Etat ne peut être engagée que par des autorités d'une plus haute catégorie » (96). Et, dans cette réplique, le Gouvernement panaméen se référait expressément à Borchard, pour qui « des agents de police ne sont généralement pas considérés comme étant des « autorités » de l'Etat » (97).

Il convient de noter que le Gouvernement des Etats-Unis avait lui-même été pendant fort longtemps partisan de ce point de vue. C'est ainsi que le secrétaire d'Etat Adee, dans une lettre qu'il adressait au Baron de Fava, ambassadeur d'Italie à Washington, n'hésitait pas à affirmer : « La règle générale de droit international observée par les

(91) *Ibid.*, p. 3146.
(92) *Ibid.*, p. 3127.
(93) *Ibid.*, p. 3140.
(94) Ralston, *International arbitral law*, p. 224.
(95) Ed. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, p. 189.
(96) Hunt, *Report*, p. 324.
(97) Borchard, *op. cit.*, p. 188.

Etats-Unis est que les souverains ne sont pas responsables dans la procédure diplomatique des dommages occasionnés par la mauvaise conduite de petits fonctionnaires » (98).

Un certain nombre de Commissions arbitrales devaient cependant se refuser à distinguer entre les fonctionnaires supérieurs et les agents subalternes.

II. — Le rejet de la distinction.

Au XIX^e siècle, certaines sentences arbitrales avaient déjà repoussé la distinction entre fonctionnaires supérieurs et inférieurs. Ainsi, le 14 avril 1871, la responsabilité du Mexique avait été admise dans l'affaire Moses, à l'occasion d'une saisie illégale accomplie par des agents mexicains subalternes (99). De même, en 1903, dans l'affaire Maal, le Vénézuéla fut jugé responsable à l'égard des Pays-Bas de dommages causés par des autorités subordonnées (100).

La Commission mixte américano-mexicaine, instituée par une convention du 10 septembre 1923, fournit un nombre d'exemples assez important.

Dans l'affaire Margaret Roper, le Mexique prétendait qu'il n'était pas responsable, selon le droit international, pour les actes de fonctionnaires subalternes tels que des agents de police. La Commission avait cependant admis la responsabilité des Etats-Unis, l'année précédente, dans l'affaire Quintanilla, où le Gouvernement mexicain prétendait alors que le Gouvernement américain était responsable des actes de tels agents (101). La Commission trancha l'affaire Roper dans le sens de la responsabilité du Mexique, en se fondant sur les dispositions de la Convention de 1923, qui prévoyait que l'organe arbitral serait saisi de « toutes les réclamations pour des pertes ou des dommages résultant d'actes de fonctionnaires ou autres personnes agissant pour chaque gouvernement ». Le texte de cet accord international ne faisait aucunement mention d'une distinction à établir selon le rang des agents (102).

(98) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 743. Sur l'attitude britannique à la même époque, voir la lettre que le Comte de Malmesbury adressait le 24 avril 1858 à Sir John Hudson, *in* : V. Bruns, *Fontes Juris Gentium*, Répertoire de la correspondance diplomatique des Etats européens (1856-1871), vol. I, p. 904.

(99) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3147.

(100) Ralston, *Venezuelian Arbitrations*, p. 914 ; R.S.A., vol. X, p. 731.

(101) Aff. Quintanilla, 16 novembre 1926, Opinions, 1927, p. 136 ; R.S.A., vol. IV, p. 101. Aff. Roper, 4 avril 1927, Opinions, 1927, p. 205 ; A.J.I.L., 1927, p. 777. Cette contradiction dans les attitudes successivement adoptées par le même Etat traduit une certaine incertitude quant à la valeur de cette prétendue règle.

(102) A noter que le texte de cet accord faisait également une place aux « autres personnes » agissant au nom du gouvernement, à côté des fonctionnaires proprements dits.

Le 15 avril 1927, rendant un arbitrage dans l'affaire Massey, au nom de la Commission, F.K. Nielsen déclarait : « c'est un principe général bien établi que pour toute mauvaise conduite de la part de telles personnes (personnes au service de l'Etat), quels que puissent être leur statut particulier et leur rang d'après le droit interne, aboutissant à une violation des obligations internationales de l'Etat, l'Etat doit supporter la responsabilité des actes illicites de ses agents » (103). Il apparaît clairement ici, que le rang de l'agent est hors de cause pour la détermination de la responsabilité et que seul est retenu le caractère étatique de l'acte ayant causé un préjudice à un étranger.

La Commission estimait encore, le 18 octobre 1928, dans l'affaire Way, qu' « il est admis comme un principe bien établi que, lorsqu'une conduite fautive de la part de personnes chargées de fonctions gouvernementales, quel que soit leur statut particulier selon le droit interne, se traduit en un manquement de l'Etat à ses obligations internationales, la faute de tels individus constitue une infortune dont l'Etat doit supporter la responsabilité » (104). En conséquence une indemnité fut accordée aux Etats-Unis pour la violation des droits individuels commise par un agent de police judiciaire, à l'encontre du droit mexicain et du droit international.

De même, la responsabilité de l'Etat de Panama fut reconnue, le 26 juin 1933, dans l'affaire C.D. Baldwin, en raison d'actes dommageables commis par des policiers panaméens subalternes à l'égard de ressortissants des Etats-Unis (105).

L'année suivante, la Commission des réclamations turco-américaine, instituée par un accord du 24 décembre 1923, devait également déclarer qu'il n'existait aucune règle de droit international permettant de classer les autorités étatiques d'après leur rang (106).

Dans les décisions jurisprudentielles les plus récentes, il ne semble pas que le problème des « minor officials » ait été soulevé. Ainsi, par exemple, la question ne paraît pas s'être posée devant les Commissions instituées en vertu du Traité de paix de 1947 avec l'Italie. On peut sans doute en conclure que la distinction est désormais assez généralement rejetée par la jurisprudence internationale.

A la suite de cette jurisprudence, il convient de citer également la pratique des Etats, ou, plus exactement, la « conscience » qu'ils en ont, si l'on peut se permettre cette expression. Pour la plupart d'entre eux, en effet, les principes qui régissent la responsabilité internationale

(103) Opinions, 1927, p. 228 ; R.S.A., vol. IV, p. 155 ; A.J.I.L., 1927, p. 783.
(104) Opinions, 1929, p. 94 ; R.S.A., vol. IV, p. 391 ; A.J.I.L., 1929, p. 466.
(105) HUNT, *Report*, p. 311, Concernant l'ensemble des 26 arbitrages rendus entre les Etats-Unis et Panama, cf. A.J.I.L., 1935, p. 99 et s.
(106) NIELSEN, *Opinions and report*, pp. 608-609.

incombant à l'Etat s'appliquent uniformément à toutes les catégories de fonctionnaires.

Le Gouvernement autrichien l'affirmait, le 30 octobre 1928, dans la note qu'il adressait en réponse au questionnaire établi par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de La Haye : « l'Etat est responsable des actions de ses organes sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard entre les différentes catégories d'organes d'Etat » (107).

La note du Gouvernement allemand était encore plus explicite. On pouvait, en effet, y lire : « Il est indifférent, pour l'origine de la réclamation, qu'il s'agisse d'un acte du gouvernement lui-même ou du procédé d'une autorité subordonnée. » Et la note allemande concluait : « Un employé subalterne de l'administration interne, qui, sans posséder les attributions nécessaires pour représenter son Etat à l'extérieur, procède à un acte contraire au droit international en entrant, dans l'exercice de ses fonctions, en contact avec un étranger, engage donc la responsabilité de l'Etat exactement comme un acte contraire au droit international et commis par le Gouvernement lui-même » (108). La Conférence de La Haye ne fit d'ailleurs aucune distinction selon le rang de l'agent pour la détermination de la responsabilité internationale.

Il ne semble donc plus possible aujourd'hui de prétendre exonérer l'Etat de toute responsabilité internationale pour des actes dommageables de ses agents subalternes. Comme le soulignait le Professeur Cavare, « La négation de la responsabilité de l'Etat en raison des actes dommageables émanant de fonctionnaires mineurs était une conception anglo-saxonne, restrictive de la responsabilité. La conception européenne et continentale est, au contraire, plus large. Or, c'est elle qui l'emporte maintenant » (109).

(107) Actes de la Conférence, S.D.N., 1929.V.3, pp. 178-179.

(108) *Ibid.*, pp. 168-170.

(109) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 412. L'auteur adopte cependant une position assez nuancée. En effet, selon lui, « l'Etat peut être tenu des actes des fonctionnaires inférieurs si un lien hiérarchique les lui rattache ou s'il exerce à leur égard une tutelle efficace ». Il estime toutefois qu'en l'absence de moyens suffisants de contrôle, « il semble difficile de faire peser sur l'Etat une responsabilité en raison d'actes dommageables des fonctionnaires inférieurs ». Mais, la caractéristique fondamentale de l'agent public, quel que soit son grade, quelle que soit la place qu'il occupe au sein de la hiérarchie administrative, n'est-elle pas sa subordination aux autorités étatiques supérieures et le contrôle exercé par celles-ci à son égard ? Peut-être la restriction apportée par l'auteur ne vise-t-elle que le cas des agents subalternes de collectivités publiques plus ou moins autonomes. Nous y reviendrons dans le chapitre suivant. V. également Ch. Rousseau, *Droit international public*, 1953, p. 373 : « On doit... rejeter la thèse parfois soutenue en Amérique latine, suivant laquelle les fonctionnaires subalternes (ou « minor officials ») n'engageraient pas la responsabilité internationale de l'Etat. Elle ne trouve aucun point d'appui dans l'analyse juridique et

Dès lors, comment expliquer que la jurisprudence internationale en soit parfois arrivée à établir cette distinction et à nier la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes dommageables d'agents inférieurs ? Pourquoi, dans d'autres cas, cette distinction fut-elle rejetée avec non moins de constance ? Quelle explication apporter à cette jurisprudence hésitante et contradictoire ?

§ 2. — L'explication de la jurisprudence.

Une raison d'ordre interne semble avoir conduit à l'établissement d'une ligne de partage entre fonctionnaires supérieurs et « minor officials ». Ce n'est cependant pas la seule explication que l'on puisse trouver. Cette distinction résultait aussi d'une déformation d'une règle de droit international.

I. — Raison d'ordre interne.

« Les activités de l'Etat moderne sont extrêmement complexes et requièrent, pour leur exécution, une armée de fonctionnaires et d'employés. La fonction gouvernementale doit être confiée à toutes sortes d'individus de divers degrés d'intelligence et d'honnêteté », écrivait F.S. Dunn en 1932 (110).

Si l'Etat devait être jugé responsable pour tout dommage causé à un étranger par l'un quelconque de ses agents, la charge pourrait se révéler trop lourde pour bien des Etats. Ce raisonnement conduisait à admettre que l'Etat ne devait pas être considéré comme une sorte d' « assureur universel » des abus que pouvaient commettre ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Cette opinion trouvait un fondement solide dans les législations internes d'un certain nombre d'Etats. Plusieurs d'entre elles, en effet, faisaient la distinction entre les autorités administratives proprement dites et les simples agents. Ainsi, aux Etats-Unis, la doctrine et la jurisprudence ont eu pendant longtemps tendance à distinguer nettement deux catégories d'agents publics : les « officers » et les « employees ». Les premiers se trouvaient, disait-on, dans une situation statutaire vis-à-vis de l'Etat, tandis que les seconds n'étaient liés au service public que de façon contractuelle. De plus, la procédure d' « impeachment » ne pouvait s'appliquer qu'aux « offi-

est généralement écartée par la jurisprudence internationale. » Karl Strupp déclarait également : « Le policier qui arrête quelqu'un qui bénéficie de l'extraterritorialité ne rend pas l'Etat moins responsable que le chef d'Etat qui prend une mesure internationalement illicite », Das Völkerrechtliche Delikt, pp. 40-41.

(110) F.S. Dunn, *The protection of nationals*, p. 125.

cers » et non aux « employees » (111). Les premiers pouvaient, en conséquence, être considérés comme de véritables représentants officiels du Gouvernement; les seconds n'auraient été que de simples collaborateurs. Cette distinction — d'un sens différent, il est vrai — n'allait pas sans rappeler la différenciation traditionnelle que l'on faisait en France entre les agents d'autorité et les agents de gestion; les premiers seuls étant investis d'un pouvoir de décision, les seconds ne disposant que d'un simple pouvoir d'exécution. En outre, la Constitution américaine semblait favorable à une telle distinction des agents publics d'après leur place et leur rôle au sein de la hiérarchie administrative, puisque l'article 2, section 2, du texte de 1787 faisait allusion à la notion de fonctionnaires inférieurs (« inferior officers »). Aussi, se fondant sur ce texte constitutionnel, la jurisprudence interne américaine devait-elle distinguer entre fonctionnaires supérieurs et subalternes, en prenant essentiellement comme critère la procédure de nomination (112).

Sans doute ne faut-il pas chercher ailleurs les raisons premières qui ont conduit à distinguer entre les organes supérieurs et inférieurs de l'Etat, pour limiter la responsabilité internationale de celui-ci aux seules actions illicites commises par les organes supérieurs de l'ordre étatique. Il ne s'agissait, au fond, que de transposer en droit international — avec tous les risques inhérents à ce genre d'opération — les principes dégagés en droit interne (113).

(111) Cf. G. Conac, *La fonction publique aux Etats-Unis*, p. 106.

(112) « D'après la jurisprudence, appartiennent ... au groupe des fonctionnaires supérieurs (superior officers) tous les agents publics nommés par le Président avec le consentement du Sénat, quelle que soit la nature de leur tâche. Quant au groupe des fonctionnaires subalternes (inferior officers), il comprend seulement ceux des agents publics qui sont nommés soit par le Président seul, soit par un chef de département ministériel ou une cour de justice. » G. Conac, *ibid.*, p. 107.

(113) Le projet de Convention concernant la responsabilité internationale des Etats à raison de dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, établi par la Harvard Law School en 1929, faisait également état de la distinction entre fonctionnaires supérieurs et fonctionnaires inférieurs. Le projet admettait toutefois la responsabilité de l'Etat tant pour les dommages causés par des fautes ou des négligences de « hauts fonctionnaires » que pour ceux résultant de l'action ou de l'inaction de « fonctionnaires ou employés subalternes » (article VII-a et b du projet). Dans le commentaire accompagnant le projet, les auteurs précisaient : « l'obligation d'un Etat pour un dommage subi par des étrangers de la part de fonctionnaires ou d'employés subalternes, doit être considérée comme moins étendue que celle résultant d'un dommage causé par des hauts fonctionnaires. » Cependant, les auteurs de ce commentaire ne manquaient pas de relever qu'il était fort difficile de tracer une ligne de démarcation vraiment nette entre les hautes autorités de l'Etat et les agents subalternes. Ils proposaient néanmoins de considérer comme hauts fonctionnaires tous ceux dont les actes n'étaient pas susceptibles d'être corrigés par d'autres agents. Pour cela, ils estimaient nécessaire de tenir compte de la position du fonctionnaire au sein de l'administration, du degré de discrétion auquel il était tenu et de l'étendue du contrôle sur lui exercé par d'autres fonctionnaires. Cf. Research in international law, april I, 1929. Voir le texte du projet publié en français dans l'Annuaire de la Commission du droit international de l'O.N.U., 1956, vol. II, pp. 229-230.

II. — Raison de droit international.

L'affirmation du principe de non-responsabilité de l'Etat pour les actes dommageables de ses agents subalternes résultait, en second lieu, d'une déformation de la règle internationale de l'épuisement des recours internes (114). Clyde Eagleton devait, un des premiers, percevoir cette déformation. Pour lui, si la responsabilité internationale avait été écartée dans un certain nombre de cas, « ce n'était pas parce que le dommage avait été causé par un agent subalterne, pour lequel le Gouvernement n'aurait pas été responsable, mais parce que les recours internes n'avaient pas été épuisés » (115). D'un autre côté, lorsque des réparations avaient été accordées dans des affaires de dommages causés par des autorités subordonnées, c'était généralement à cause de l'insuffisance ou de l'inexistence des voies de recours internes.

Il arrive, en effet, que des possibilités de recours internes soient plus fréquemment offertes à l'étranger lésé contre les agents subalternes d'un Etat que contre ses hauts fonctionnaires. Ce qui explique que les réclamations internationales résultant d'actes dommageables commis par des fonctionnaires inférieurs soient plus souvent repoussées par les tribunaux internationaux que celles formulées à la suite d'actes illicites de fonctionnaires supérieurs; car l'exception de non-épuisement des voies de recours nationales peut être plus facilement soulevée dans le premier cas.

Mais peut-on affirmer pour autant qu' « une telle différenciation, telle qu'elle existe apparemment entre les agents subalternes et les agents plus élevés, dans la hiérarchie, ne vise pas la responsabilité, mais la procédure » (116) ?

A l'époque où fut avancée cette opinion, c'était sans doute aller trop loin et porter une appréciation sujette à caution sur une matière très controversée en doctrine. En effet, la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes constitue une simple règle de procédure, comme l'affirme Eagleton, ou une règle de fond, est très débattue en droit international. Les auteurs sont loin d'être unanimes sur ce point (117), et la question ne semble pas, *a priori*, avoir été *explicitement* tranchée par la jurisprudence internationale.

C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour internationale de justice s'est montrée fort prudente dans son arrêt du 21 mars 1959,

(114) Sur la règle elle-même, cf. Castor H.P. Law, *The local remedies rule in international law*, Thèse, Genève, 1961.

(115) Cl. Eagleton, *The responsibility of states in international law*, p. 48. Dans le même sens, cf. William W. Bishop, *International law, cases and materials*, New York, 1953, p. 495.

(116) Eagleton, *op. cit.*, p. 49.

(117) Cf. J.H.W. Verzijl, *La règle de l'épuisement des recours internes*, Annuaire de l'Institut de droit international, 1954, vol. 45-I, pp. 5-112.

relatif à l'affaire Interhandel : « La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne » (118).

Cette règle est, en effet, consacrée par une jurisprudence imposante. Elle est inspirée par des considérations d'ordre politique et d'ordre pratique. *Au plan politique*, les droits internes des Etats sont présumés conformes au droit international; c'est pourquoi une réclamation internationale ne peut apparaître que si les organes nationaux ne remplissent pas eux-mêmes la fonction de réparation des dommages qu'ils ont causés. C'est la base même de la règle de l'épuisement des recours internes. Il existe une présomption de capacité de l'Etat de donner lui-même satisfaction aux étrangers lésés. C'est la raison pour laquelle M. Charles de Visscher déclarait, dans son opinion dissidente sous l'arrêt rendu le 4 avril 1939 par la Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, que « la règle de l'épuisement des recours internes doit être appliquée non d'une manière automatique, mais en tenant compte des circonstances de l'espèce, et tout particulièrement des limitations que ces circonstances peuvent opposer à l'efficacité du recours » (119).

Une *considération pratique* est également importante : la règle de l'épuisement des recours internes vise à retarder la mise en œuvre de la responsabilité internationale, parce que les modalités de cette mise en œuvre peuvent être fort complexes et qu'il vaut parfois mieux éviter des interventions diplomatiques trop fréquentes. La règle remplit donc un but de protection contre des réclamations mal fondées ou prématurées, qui n'auraient pas fait l'objet d'un examen suffisant par les autorités étatiques compétentes.

E. M. Borchard se montra très clair dans l'explication qu'il donna du rôle de la règle : « Le principe de droit international en vertu duquel l'étranger est réputé se soumettre tacitement à la législation de l'Etat où il réside implique comme corollaire qu'il doit s'adresser aux tribunaux de cet Etat pour obtenir réparation en cas de violation de ses droits... On présume que la personne qui se rend dans

(118) C.I.J., Rec. 1959, p. 27.
(119) C.P.J.I., série A/B, n° 77, p. 138.

un pays étranger se prévaudra des moyens que lui fournit la législation de ce pays pour obtenir réparation des dommages qu'elle peut subir; en second lieu, le droit à la souveraineté et à l'indépendance autorise l'Etat à exiger que ses tribunaux soient à l'abri de toute ingérence étrangère, car ils sont présumés capables d'administrer la justice; en troisième lieu, le gouvernement du pays dont l'étranger est ressortissant doit donner au gouvernement qui a causé le dommage, la possibilité de dédommager la victime conformément à son droit interne et d'éviter ainsi, dans la mesure du possible, toute controverse internationale... » (120).

Si l'on considère la règle de l'épuisement des recours internes comme une règle de procédure, comme une simple formalité que l'on doit accomplir pour pouvoir présenter une réclamation internationale, il n'est pas douteux que la responsabilité internationale de l'Etat existe dès la commission de l'acte dommageable. Mais si l'on affirme son caractère de règle de fond, doit-on ne reconnaître l'existence d'une responsabilité internationale qu'à partir de la constatation d'un déni de justice, soit qu'il n'existe pas de tribunaux locaux devant lesquels intenter une action en réparation, soit que l'organisation de ces tribunaux présente certaines défaillances et ne permette pas d'obtenir réparation du préjudice (121).

Or, il est admis que, si la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de droit coutumier, conforme au droit international commun, comme l'a affirmé la C.P.J.I. dans l'affaire Panevezys-Saldutiskis (122), elle ne porte cependant pas atteinte au fait que la responsabilité internationale prend naissance au moment de la réalisation du dommage. La Cour permanente de justice internationale affirma, dans l'affaire des Phosphates du Maroc, que la responsabilité internationale de l'Etat apparaissait dès qu'on pouvait lui imputer la violation d'un droit d'un autre Etat et qu'en pareil cas, le déni de justice résultant d'une carence de l'organisation judiciaire ou d'un refus d'ouvrir des recours de nature à y suppléer n'exerçait aucune influence sur la responsabilité découlant de l'acte illicite lui-même (123). Plus nette encore fut l'affirmation de l'arbitre dans l'affaire des bateaux finlandais, lorsqu'il vint déclarer que la responsabilité internationale découle directement de l'acte dommageable quand il s'agit d'un acte étatique, mais qu'il n'y a pas lieu à réclamation interna-

(120) Edwin M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, pp. 817-818.

(121) Cf. A. Freeman, *The international responsibility of states for denial of justice*, 1938.

(122) C.P.J.I., série A/B, n° 76, p. 18 et suiv.

(123) C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28.

tionale aussi longtemps que les recours internes n'ont pas été épuisés (124).

Ainsi, la règle de l'épuisement des recours internes est avant tout une sorte de condition suspensive à laquelle est subordonné le droit de présenter une réclamation internationale. La règle vise à faire cesser toute incertitude, sans pour autant donner naissance à la responsabilité internationale elle-même. « Le moment où la responsabilité internationale prend naissance n'est pas celui où est rendu le jugement du tribunal interne à la suite du recours qui a été formé. La responsabilité doit être considérée comme naissant au moment où le dommage est causé. » (125).

Si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond, une condition *sine qua non* de la responsabilité internationale, on ne voit pas pourquoi celle-ci naîtrait dès la commission du dommage.

Aussi sommes-nous finalement conduits à considérer que la Cour internationale de justice a peut-être tranché la controverse sous un angle indirect, dans l'affaire de l'Interhandel en 1959. Déclarant irrecevable la requête du Gouvernement suisse, la Cour ne s'est-elle pas, en fait, ralliée à l'opinion voyant dans la règle de l'épuisement des recours internes une simple formalité de procédure ? En effet, alors que l'agent du Gouvernement américain lui demandait de se déclarer incompétente pour connaître du litige, la Cour internationale considéra qu'il fallait plutôt envisager l'exception tirée du non-épuisement des recours locaux « comme dirigée contre la recevabilité de la requête » (126). Si la haute juridiction internationale avait estimé que l'exception soulevée était relative à une question de fond, la Suisse aurait sans doute dû être purement et simplement déboutée de sa demande (127).

La règle semblerait donc plutôt une règle de procédure, bien qu'elle soit à la frontière de la responsabilité envisagée du point de vue du fond et de la responsabilité envisagée du point de vue de la procédure. En tant que telle, elle aurait été détournée de son sens premier. Ce qui expliquerait que la jurisprudence n'ait pas toujours admis la responsabilité internationale de l'Etat, dans certains cas où l'on se trouvait en présence d'actes dommageables commis par des fonctionnaires subalternes.

(124) Cf. Fachiri, *The local remedies rule in the light of the Finnish ships arbitration*, B.Y.B., 1936, p. 33.
(125) L. Cavaré, *Le droit international public positif*, tome II, p. 364.
(126) C.I.J., Recueil 1959, p. 26.
(127) En ce sens, cf. Max Soerensen, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1960-3, p. 232.

Quoi qu'il en soit, à la suite de Clyde Eagleton, quelques auteurs anglo-saxons sont venus affirmer qu'il n'y avait pas à distinguer entre les agents, sous le rapport de la responsabilité, selon le rang qu'ils occupaient dans la hiérarchie. Nombre d'auteurs européens ont également soutenu ce point de vue.

Dans la conception européenne, en effet, il n'y a pas lieu de distinguer entre les organes inférieurs et supérieurs de l'Etat. Si cette distinction est faite dans le droit public interne de certains Etats, il n'y a pas à la transposer en droit des gens; car elle est dépourvue de valeur sur le plan international, où les raisons d'opportunité invoquées dans l'ordre interne cessent d'exister.

Qu'un Etat, auquel le droit international laisse toute latitude pour la répartition de ses propres compétences, puisse, dans certains cas, s'exonérer de toute responsabilité interne pour les actes illicites d'agents subalternes, c'est son droit le plus strict. Mais la question se présente de façon absolument différente dans les rapports interétatiques. Un Etat ne peut pas prétendre s'exonérer de la responsabilité internationale, sous le prétexte que le manquement à ses obligations, qui fait apparaître cette responsabilité, résulte de l'action d'un de ses agents subalternes.

Déclarer qu'un fonctionnaire d'ordre inférieur ne peut jamais engager la responsabilité internationale de son Etat revient à dire qu'un tel fonctionnaire ne peut jamais violer le droit international. Or, la pratique offre maints exemples de contraventions au droit des gens commises par des petits fonctionnaires. Il serait donc anormal de prétendre qu'un Etat n'est pas responsable des violations du droit international commises par ses agents subalternes.

Selon M. Bourquin, « si le droit des gens laisse en principe aux Etats une pleine liberté d'organisation, il n'entend aucunement restreindre par là les obligations internationales qui leur incombent. A ses yeux, la séparation des pouvoirs étatiques n'a aucune pertinence et la seule règle qui importe est celle de la solidarité de ces pouvoirs. Cette règle, qui trouve son expression juridique dans la notion de « personnalité » de l'Etat, signifie ... que tous les organes de ce dernier sont saisis par ses obligations internationales... L'acte ou l'omission est imputable à l'Etat quelle que soit la fonction ou la position de l'organe dont il procède » (128).

Karl Strupp estimait également que « l'acte d'un supérieur est d'importance égale à celle de l'acte d'un organe inférieur, la seule

(128) R.C.A.D.I., 1931-I, p. 214.

condition est que l'organe ait agi en vertu de sa compétence » (129). Georges Scelle soutenait à peu près la même idée (130).

A l'appui de cette thèse fondée sur la pratique, il est encore possible de citer la quatrième Convention signée à La Haye le 18 octobre 1907, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, acceptée par vingt-sept Etats (131). L'article 3 ne faisait aucune distinction lorsqu'il rendait toute partie belligérante « responsable de tous actes commis par des personnes faisant partie de sa force armée », sans plus de précision. Un Etat belligérant signataire de la Convention pouvait donc voir sa responsabilité internationale engagée à la suite de violations du droit de la guerre commises, aussi bien par les officiers généraux et supérieurs, que par les officiers subalternes, les sous-officiers et les hommes de troupe (132).

Enfin, une raison d'ordre logique conduit également à la même conclusion. Vouloir établir une distinction en droit interne entre les agents d'autorité et les agents d'exécution était déjà critiquable. De nombreux fonctionnaires, qui se trouvent aux échelons inférieurs de la hiérarchie administrative, ont cependant entre leurs mains une parcelle non négligeable d'autorité. Et l'on sait qu'en France, par exemple, l'administré éprouve parfois plus de crainte devant un simple agent de police que devant un préfet ou un directeur de ministère. Il est, en outre, fort difficile de préciser à partir de quel grade ou de quel emploi un agent public peut être considéré comme un haut fonctionnaire (133). S'il en va déjà ainsi en droit interne, on conçoit aisément que cette prétendue distinction ne saurait être

(129) R.C.A.D.I., 1934-I, p. 560. Cf. également : Das Völkerrechtliche Delikt, pp. 39-40.

(130) G. Scelle, *Manuel de droit international public*, 1948, p. 930. Cf. également dans le même sens : P. Schoen, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen*, Breslau, 1917, p. 49 et suiv. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Thèse, Paris, 1925, p. 65. Oppenheim-Lauterpacht, *International law*, vol. I, 7e éd., p. 323. Alwyn Freeman, *Responsibility of states for unlawful acts of their armed forces*, R.C.A.D.I., 1955-II, p. 284. Ce dernier auteur a montré que l'examen attentif de la pratique internationale révèle qu'il n'y a pas un fondement suffisant pour distinguer entre hauts fonctionnaires et agents subalternes : « dès le moment où est commise une violation, par n'importe quel fonctionnaire, la responsabilité du Gouvernement devient définitive », dit-il. Et il ajoute : « Tout fonctionnaire gouvernemental peut commettre une violation du droit international en agissant en tant que représentant de son Etat. »

(131) 25 Etats l'avaient ratifiée ; deux adhésions devaient ensuite être enregistrées.

(132) On peut même aller jusqu'à dire que cet article pouvait s'appliquer également au personnel auxiliaire des forces armées belligérantes, comme le personnel sanitaire, par exemple, puisqu'il parlait de toutes les « personnes faisant partie » de ces forces.

(133) Cf. P. Lalumière, *Les hauts fonctionnaires*, Recueil Dalloz, 1959, Chrn. p. 241.

transposée en droit international. Quelles difficultés n'éprouverait pas le juge international, s'il devait entrer dans l'examen détaillé de la situation et de la position de l'agent, au regard du droit interne de son pays, afin de ne retenir la responsabilité de l'Etat que pour les actes dommageables de hauts fonctionnaires !

Aussi Edwin Borchard, après s'être fait le champion de la distinction, devait-il nuancer quelque peu sa position initiale, en posant la question de savoir s'il pouvait exister réellement une distinction entre fonctionnaires supérieurs et inférieurs. Il en arrivait à la conclusion que « la théorie selon laquelle tous les fonctionnaires sont des agents de l'Etat et celle selon laquelle les fonctionnaires subalternes ne sont pas des agents de l'Etat » (au regard du droit international de la responsabilité) n'étaient pas entièrement soutenables; car « il n'y a aucune différence de principe entre les deux catégories de fonctionnaires », ajoutait-il (134).

La théorie affirmant l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes dommageables de ses agents subalternes n'était, en effet, pas soutenable. Elle ne correspondait absolument pas aux nécessités de la vie internationale. C'est pourquoi on peut la considérer comme intégralement rejetée aujourd'hui, bien que certains auteurs continuent encore parfois de la soutenir (135).

Section III

L'ABSENCE DE DISTINCTION ENTRE LES AGENTS SELON LA PERSONNE PUBLIQUE DONT ILS DEPENDENT

Bien que l'on rencontre dans la jurisprudence internationale quelques décisions contraires (136), il est généralement admis qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les fonctionnaires ou agents étatiques

(134) Borchard, *Theoretical aspects of the international responsibility of states, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 1929, pp. 231-233.

(135) Voir, par exemple, Charles G. Fenwick, *International law,* 3e éd., 1948, p. 280.

(136) Le 20 février 1850, par exemple, dans l'affaire Bensley, entre les Etats-Unis et le Mexique, la Commission mixte estimait qu' « il serait extraordinaire de prétendre que, selon le droit des gens, un gouvernement est obligé de verser une indemnité pour chaque dommage résultant d'actes illégaux ou irréguliers de ses fonctionnaires municipaux ». Moore, *Arbitrations,* vol. III, p. 3016. Toutefois, cette décision pouvait également s'expliquer par le fait que l'on se trouvait ici en présence d'une faute personnelle des agents en cause ; et nous la retrouverons à ce titre. Il n'en reste pas moins qu'en l'absence de précision donnée par la Commission elle-même dans sa sentence, on peut considérer qu'elle a été amenée à rejeter la responsabilité en se fondant sur la qualité des agents considérés.

proprement dits et les fonctionnaires ou agents locaux ou régionaux, qui détiennent cependant des pouvoirs différents, tant par leur nature que par leur étendue. L'Etat est internationalement tenu de réparer les dommages causés aux étrangers, que ceux-ci aient été causés par un agent de son administration centrale ou par un agent d'une de ses subdivisions politiques ou administratives (137). L'Etat fédéral est ainsi responsable des actes dommageables commis par des agents des Etats fédérés, comme l'Etat unitaire est responsable des dommages occasionnés par des actes d'agents de ses collectivités décentralisées.

§ 1. — Les agents d'un Etat fédéré.

Il n'est pas douteux que l'Etat fédéral doive répondre, vis-à-vis des pays étrangers, des actes dommageables commis par des agents des Etats fédérés qui le composent et qu'il représente à l'extérieur. La Cour permanente de justice internationale, dans son arrêt du 13 septembre 1928 relatif à l'affaire de l'usine de Chorzov, déclarait, en effet, que seule la collectivité publique directement soumise au droit international était censée pouvoir commettre des actes illicites internationaux (138).

Suivant la formule de la sentence rendue le 26 juillet 1875 entre les Etats-Unis et la Colombie, dans l'affaire du « Montijo », un Etat fédéral ne peut se soustraire à l'application du droit international en invoquant l'insuffisance de son droit interne. Et le surarbitre ajoutait : « Il peut paraître injuste, à première vue, de rendre responsable moralement et pécuniairement le pouvoir fédéral et par lui le contribuable du pays, pour des faits sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle et qu'ils désapprouvent ou désavouent probablement; mais l'injustice disparaît lorsque cet inconvénient est reconnu inséparable du système fédéral. Si une nation adopte délibérément cette forme d'administration de ses affaires publiques, elle le fait en pleine connaissance des conséquences qui en découlent. » (139).

Dans une fédération d'Etats, en effet, seul le gouvernement central peut agir sur le plan international pour le compte de tous les membres de la fédération. Les exceptions à ce principe sont extrêmement rares et empreintes de trop de considérations politiques intéressées pour que l'on puisse y attacher des conséquences juridiques impor-

(137) Voir, par exemple, la décision de la Commission mixte de réclamations Etats-Unis-Mexique rendue le 27 avril 1927, dans l'affaire Mallen ; Opinions of Commissionners, 1927, p. 260 ; R.S.A., vol. IV, p. 173 ; A.D., 1927-1928, p. 213.

(138) C.P.J.I., série A, n° 17, p. 27.

(139) R.A.I., tome III, p. 651 ; Moore, *Arbitrations*, vol. II, p. 1427.

tantes. Par conséquent, c'est à l'autorité fédérale que doit aussi incomber la responsabilité internationale pour les actes dommageables des unités fédérées.

La Commission mixte franco-mexicaine en décidait ainsi, le 7 juin 1929, dans l'affaire Hyacinthe Pellat, et réaffirmait « le principe de la responsabilité internationale, souvent dite indirecte, d'un Etat fédéral pour tous les actes des Etats particuliers qui donnent lieu à des réclamations d'Etats étrangers ». La Commission concluait : « Cette responsabilité ne saurait être niée, pas même dans les cas où la Constitution fédérale dénierait au Gouvernement central le droit de contrôle sur les Etats particuliers, ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international » (140).

Ce n'est, somme toute, que l'application du principe maintes fois affirmé par les juridictions internationales, de l'irrecevabilité de l'exception tirée du droit interne, — principe selon lequel, en particulier, « un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international », pour reprendre la formule de l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale, relatif au traitement des nationaux polonais à Dantzig (141).

De même, dans l'article 9 de la résolution adoptée à Lausanne en 1927 par l'Institut de droit international, portant sur la responsabilité internationale des Etats à raison de dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, était inscrite la règle selon laquelle « l'Etat fédéral est responsable de la manière d'agir des Etats particuliers, non seulement si elle est contraire à ses propres obligations internationales, mais encore si elle l'est aux obligations internationales qui incomberaient à ces Etats. Il ne peut invoquer, pour se soustraire à cette responsabilité, le fait que sa constitution ne lui donne ni le droit de contrôle sur les Etats particuliers, ni le droit d'exiger d'eux qu'ils satisfassent à leurs obligations » (142).

La doctrine est à peu près unanime sur ce point. « Dépourvue du droit de représentation diplomatique, les Etats particuliers ne sont, vis-à-vis des Etats étrangers, que des organes de l'Etat fédéral. » (143).

(140) R.S.A., vol. V, p. 535.

(141) C.P.J.I., série A/B, n° 44, p. 24.

(142) Annuaire de l'Institut, 1927, vol. 33-III, pp. 332-333. De la même manière, l'article 3 du projet de convention élaboré en 1929 sous les auspices de la Harvard Law School déclarait : « La responsabilité d'un Etat n'est pas dégagée du fait que le dommage causé à un étranger est imputable à une de ses subdivisions politiques, quel que soit d'ailleurs le contrôle que le gouvernement national ait le droit d'exercer sur la subdivision, d'après sa Constitution. »

(143) Note doctrinale sous l'affaire de l' « Eliza », R.A.I., tome II, pp. 276-277.

On peut donc considérer comme principe de droit international fermement établi et généralement accepté la responsabilité de l'Etat fédéral « pour la conduite des Etats qui le constituent » et déclarer que la fédération ne peut échapper à cette responsabilité en alléguant que ses pouvoirs constitutionnels de contrôle sur les Etats fédérés ne lui permettent pas de les obliger à remplir leurs obligations internationales (144).

Tout dommage causé par un agent d'un Etat fédéré entraînera donc la responsabilité internationale de l'Etat fédéral lorsque l'acte dommageable aura été commis en violation des obligations internationales de cet Etat.

Il en va de même en ce qui concerne les régions autonomes et les collectivités publiques plus ou moins décentralisées au sein d'un Etat unitaire.

§ 2. — Les agents d'une collectivité décentralisée.

La Commission de conciliation franco-italienne a eu l'occasion de réaffirmer le principe dans l'affaire des Héritiers du Duc de Guise, le 15 septembre 1951 : « Il importe peu, pour décider dans la présente affaire, que le décret du 27 août 1947 émane non pas de l'Etat italien mais de la Région sicilienne. L'Etat italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne. » (145).

La pratique reconnue par les Etats va également dans le même sens. Ainsi, la base de discussion n° 16 établie par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 prévoyait que « la responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions des collectivités (communes, provinces, etc...) ou institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'Etat ».

(144) Max Soerensen, *Federal states and the international protection of human rights*, A.J.I.L., 1952, p. 210. Toutefois, dans son premier rapport à la Commission du droit international des Nations-Unies, M. Garcia Amador estime qu'il faut faire intervenir le degré de contrôle exercé par le gouvernement central : « Il y a deux facteurs essentiels à prendre en considération : le degré de contrôle ou d'autorité que l'Etat exerce sur les affaires intérieures de la subdivision politique... et la mesure dans laquelle il assure les relations et la représentation internationales à l'entité en question. » Cf. annuaire de la Commission en 1956, vol. II, p. 188.

(145) Recueil des décisions, fascicule 3, n° 107, p. 128. Voir également l'affaire Davy (Angleterre-Vénézuela), Ralston, *Venezuelian arbitrations*, p. 410.

En 1927, l'Institut de droit international avait également adopté le principe que « l'Etat est responsable du fait des collectivités qui exercent sur son territoire des fonctions publiques » (146).

L'ordre juridique international ne connaît, en principe, que l'Etat. Celui-ci forme un tout à ses yeux. Il n'y a pas à tenir compte de la nature fédérale ou unitaire de la structure étatique. D'un autre côté, qu'un Etat de type unitaire soit fortement centralisé ou, au contraire, très décentralisé, ne change rien au fait que le droit international impute toujours à l'Etat les actes de ses agents, quelle que soit la personne publique interne dont relèvent ces derniers. La responsabilité de l'Etat sera engagée, que la violation du droit des gens ait été commise par un agent communal, départemental, régional, ou d'un Etat fédéré. Vis-à-vis du droit international, tout se passe comme si l'acte illicite était l'œuvre d'un agent d'une administration centrale ou d'un établissement public national (147).

Il serait assez fallacieux et artificiel de prétendre exonérer l'Etat de toute responsabilité internationale, sous le prétexte que c'est un fonctionnaire subalterne ou un agent local qui a agi. Le rang de l'agent ou la situation de la personne publique dont il dépend n'a aucune influence, quant au fond, sur la détermination de la responsabilité internationale.

***

Le principe est donc très net, qui veut que la responsabilité internationale de l'Etat soit engagée dès lors que l'on se trouve en présence d'un acte dommageable commis par un agent étatique, au sens large. Mais peut-on encore parler de l' « acte d'un agent », lorsque celui-ci a commis une faute personnelle ? En conséquence, l'Etat peut-il encore être responsable ? Il convient donc d'analyser à présent le concept de faute personnelle.

(146) Article 2 de la Résolution adoptée à Lausanne, Annuaire de l'Institut 1927, vol. 33-III, p. 332. Voir également C. EUSTATHIADES, *La responsabilité des Etats*, Cours Institut des Hautes études internationales, Paris, 1951, fascicule 2, p. 10.

(147) C'est la solution qu'a retenue le deuxième projet élaboré par la Harvard Law School sur la responsabilité internationale. Dans le projet de 1960, il est, en effet, expressément précisé qu'il n'y a pas à distinguer selon que l'agent, fonctionnaire ou employé, dépend du gouvernement central d'un Etat ou d'une subdivision politique ou administrative de celui-ci, ou encore du gouvernement d'un Etat fédéré au sein d'une fédération. Voir article 17, § I du projet, A.J.I.L., 1961, p. 576.

CHAPITRE II

Le fait générateur de responsabilité : la faute personnelle.

Parler de faute personnelle en droit international ne laisse pas de surprendre. Cela suppose, en effet, que l'on tienne compte de l'individu-agent. Or, l'ordre juridique international ne connaît, en principe, que les Etats.

Dès lors se pose la question de savoir comment l'individu peut, par ce biais, apparaître sur la scène internationale. Aussi importe-t-il de rechercher les cas dans lesquels un agent étatique est réputé commettre des fautes personnelles.

La jurisprudence internationale utilise assez rarement l'expression même de faute personnelle. Elle parle plutôt d' « acte non autorisé » ou d' « acte contraire au droit interne », d' « acte illégal » ou d' « acte irrégulier », d' « acte commis en dehors des limites de la compétence » ou « en dehors des limites réglementaires de compétence du service », ou bien encore de « comportement illicite » d'un agent. Certaines instances internationales, notamment celles composées, au moins pour partie, d'arbitres de nationalité et de formation françaises, font cependant expressément état d' « actes personnels » d'agents étatiques (1), d' « action personnelle de fonctionnaires » (2), ou de « mesure individuelle prise ... sans fondement juridique » (3). D'autres se bornent à relever que l'on se trouve en présence d'une « faute de fonctionnaire » (4).

(1) Commission franco-italienne, décision n° 20, 5 avril 1949, différend Verdol Recueil, fasc. I, p. 64.

(2) Commission franco-italienne, décision n° 144, 17 janvier 1953, différend dame Mossé, Recueil, fasc. 4, p. 127.

(3) *Ibid.*, p. 128.

(4) Affaire de l'Eliza entre les Etats-Unis et le Pérou, 2 novembre 1863, R.A.I., tome II, p. 270.

Toutefois, sous la diversité des appellations, on retrouve toujours le même concept. Il s'agit toujours d'une faute personnelle commise par un agent public, au sens large de l'expression.

Il importe de voir cependant que la notion de faute personnelle n'existe pas en soi, mais par opposition à un autre type de faute : la faute de service, ou faute de fonction. En effet, toute faute commise par un agent étatique est nécessairement une faute individuelle. Le concept revêt donc une signification relative.

Dire d'un acte commis par un agent public qu'il est personnel à son auteur n'a de sens que par rapport à la notion d'acte de fonction. Cependant, comme le note à juste titre M. A. Freeman, « la frontière entre les actes personnels et les actes de fonction est vraiment imprécise » (5).

L'affaire Tunstall, entre l'Angleterre et les Etats-Unis, constitue une illustration saisissante de la difficulté qu'il y a à distinguer entre le fait personnel et le fait de service. Le sieur Tunstall, sujet britannique résidant aux Etats-Unis, qui tentait de se soustraire à l'exécution d'un mandat d'arrêt délivré contre lui, fut arrêté et tué de sang froid par un sheriff-adjoint. Prenant fait et cause pour son ressortissant, le Gouvernement anglais prétendait que le fait dommageable était constitué par un acte de fonction; le secrétaire d'Etat américain estimait, au contraire, qu'il s'agissait d'un acte personnel du fonctionnaire (6).

Il ne faut donc pas s'étonner de ne pas trouver dans la jurisprudence internationale de critères vraiment nets permettant de qualifier un acte de « fonctionnel » ou de « personnel ». Les arbitres internationaux appelés à se prononcer en ce domaine ont bien souvent hésité à faire le partage entre ces deux catégories d'actes. « Ces hésitations de la jurisprudence s'expliquent surtout par le caractère très délicat de la délimitation à faire entre les actes des fonctionnaires »; mais elles s'expliquent aussi parce que « le droit international est ici le reflet des incertitudes à cet égard des différents droits publics internes » (7).

Pourtant, le Traité du 18 avril 1951, instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, a distingué, en son article 40, la faute de service et la faute personnelle des agents de la Communauté. Notons cependant que cet article n'a fait que reprendre la distinction telle qu'elle existe en droit administratif français, où elle est déjà « assez tenue, assez délicate à faire » (8).

(5) A. Freeman, *Responsibility of states unlawfull acts of their armed forces*, R.C.A.D.I., 1955-II, p. 292.
(6) Moore, *Digest*, vol. VI, pp. 742-743.
(7) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 417.
(8) Duez-Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 694.

Rappelons donc, en premier lieu, quelle définition donne de la notion de faute personnelle le droit public français. Le droit administratif français semble, en effet, le plus développé sur ce point (9). Nous verrons ensuite quelle position il convient d'adopter en droit international.

Section I

LA NOTION DE FAUTE PERSONNELLE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Dans les conclusions qu'il présentait devant le Tribunal des Conflits, à l'occasion de l'affaire Laumonnier-Carriol, en 1877, Laferrière estimait : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat, plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif...; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction... » (10).

Depuis lors, de multiples définitions de la faute personnelle ont été proposées par la doctrine (11). Cette abondance même prouve, s'il en était besoin, la difficulté où l'on se trouve de recouvrir, par une formule générale, la variété des faits considérés par la jurisprudence française comme constituant des fautes personnelles. En l'absence de définitions parfaites, on ne peut donc que décrire les faits constitutifs de faute personnelle.

C'est notamment ce que fait M. F.-P. Benoit qui, après avois déclaré qu' « il y a faute personnelle lorsque les faits incriminés se détachent de ce qu'aurait dû être le fonctionnement normal, même défectueux, du service » (12), en arrive à distinguer quatre circonstances qui détachent du service la faute commise par un agent et lui confèrent la qualité de faute personnelle.

Il s'agit, tout d'abord, des faits qui se détachent absolument de la fonction, c'est-à-dire les fautes commises par un agent public au cours d'une activité purement privée. Il s'agit ensuite de la circons-

(9) Pour une étude du problème en droit comparé, voir C.-A. Colliard, *Comparison between English and French administrative law, Transactions of the Grotius Society*, 1940, p. 119 et suiv. (spécialement, p. 127).

(10) Tribunal des Conflits, 5 mai 1877, Recueil Lebon, pp. 438-444.

(11) Voir Hauriou, *Droit administratif*, 11e édition, p. 320 ; Jèze, R.D.P. 1909, p. 267 ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, p. 262 et suiv.

(12) Jurisclasseur du Droit administratif, fascicule 705, n° 54.

tance où l'on peut relever une intention mauvaise, de la malveillance ou de la brutalité de la part de l'agent dans l'exécution de sa fonction. Il y a faute personnelle, en troisième lieu, lorsque l'agent, à l'occasion de son service, a eu pour but de satisfaire un intérêt personnel, commettant ainsi un détournement de fonctions. Enfin, la faute sera personnelle à son auteur, lorsqu'elle est d'une gravité telle qu'on ne saurait raisonnablement l'excuser, alors même que l'agent coupable n'avait poursuivi la satisfaction d'aucun intérêt personnel, croyant exécuter convenablement son service (13). L'agent n'a pas su (ou pu) mesurer les conséquences de ses actes, alors que l'on était fondé à attendre de lui plus de discernement.

Selon le Doyen Vedel, il n'y aurait que deux catégories de fautes personnelles : lorsque l'agissement incriminé ne présente aucun lien avec le service et lorsque, dans le service ou à son occasion, l'agent poursuit un but malicieux, dolosif ou purement personnel, ou qu'il commet une faute d'une gravité particulière dépassant la moyenne de celles auxquelles on peut s'attendre (14). Pour M. Rivero, la faute personnelle commise par un agent public est celle qui se détache de l'exercice de la fonction, soit « matériellement », soit « psychologiquement » (15).

Peuvent donc être considérées comme des fautes personnelles « d'une part les fautes commises par le fonctionnaire *en dehors de l'exercice de sa fonction*, d'autre part les fautes commises *dans l'exercice de la fonction* mais qui apparaissent néanmoins *détachables* en raison de leur caractère soit de *fautes intentionnelles*, soit de *fautes lourdes* » (16).

En présence de ces éléments d'ordre interne, tout le problème est de savoir si l'on peut transposer en droit international la notion de faute personnelle, telle qu'elle est ainsi définie ou circonscrite par le droit administratif français.

Section II

DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL

Ne se trouve-t-on pas en présence de mêmes faits ? Partant, ne doit-on pas leur appliquer la même qualification juridique ? Il ne le semble pas, *a priori*.

(13) « Le plus souvent, non seulement le fonctionnaire n'avait pas l'intention de nuire, mais encore il ne se rendait pas compte du fait que ses actes étaient nuisibles », F.-P. Benoit, *op. cit.*, n° 84.

(14) G. Vedel, *Droit administratif*, 1958, tome I, pp. 201-202.

(15) J. Rivero, *Droit administratif*, 1962, pp. 255-256.

(16) A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., 1963, p. 592.

Tout d'abord, dire d'un acte qu'il est détachable de la fonction n'a pas grande signification en droit international, dans la mesure où celui-ci est censé ignorer les règlements internes régissant la matière. Il n'appartient pas, en effet, à l'ordre juridique international de déterminer quand un acte dommageable est ou n'est pas en rapport avec les règlements internes du service (17).

Mais surtout, un même fait peut recevoir des qualifications différentes en droit interne et en droit international. C'est ce que relevait la Commission de conciliation franco-italienne, le 17 janvier 1953 : « Il n'est pas exceptionnel qu'un seul et même fait matériel soit pris en considération tant dans l'ordre international que dans l'ordre national. En un tel cas, en effet, le caractère juridique d'un fait étant toujours considéré relativement à un ordre déterminé, le fait matériel constitue non pas un seul fait juridique, mais deux faits juridiques distincts : un fait juridique international, avec les conséquences juridiques qui lui sont attachées par l'ordre juridique international, et un fait juridique interne, avec les conséquences juridiques qui lui sont attachées par l'ordre juridique interne. » (18).

Autrement dit, chaque ordre juridique apparaît comme autonome par rapport à l'autre dans les appréciations qu'il porte sur des faits matériels (19). Notamment, les qualifications qui sont faites dans l'ordre juridique international sont indépendantes de celles que peut faire le droit interne. On ne peut donc pas dire qu'il y ait répercussion de la notion de faute personnelle du droit interne dans le droit international.

Dès lors, que faut-il entendre par faute personnelle en droit international ? Ainsi que nous l'avons relevé, en raison même de la relativité du concept de faute personnelle, celui-ci ne peut être défini que par rapport à la faute de service ou de fonction. Qu'est-ce alors qu'une faute de service au regard du droit international ?

Selon M. Jean L'Huillier, la responsabilité internationale peut être engagée « s'il est établi, à la charge de l'Etat auquel elle incombe, une faute, en donnant à ce terme le sens impersonnel qu'il revêt en droit administratif français dans la théorie jurisprudentielle de la *faute de service* » (20). Cependant, cet auteur se trompe sans doute, lors-

(17) En ce sens, cf. L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 414.

(18) Différend Dame Mossé, Recueil des décisions, fasc. 4, pp. 122-123.

(19) Voir, par exemple, L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 387 : « Si le caractère autonome du droit international par rapport au droit interne apparaît aujourd'hui, c'est bien dans le domaine de la responsabilité. Moins que jamais le droit international n'est tributaire des idées mises en œuvre par des législations internes. Les décisions les plus récentes de la jurisprudence le prouvent. »

(20) J. L'Huillier. *Eléments de droit international public*, 1950, p. 360.

qu'il vient prétendre ensuite que la faute internationale de l'Etat peut « consister dans l'organisation ou le fonctionnement défectueux d'un service public *aussi bien que dans la malveillance ou la négligence d'un agent déterminé* » (21). Dans cette dernière hypothèse (malveillance ou négligence d'un agent étatique), on ne peut plus dire, en effet, que l'Etat a réellement commis une faute; car celle-ci perd alors son caractère impersonnel, elle se détache du service en raison des motifs qui l'ont inspirée. La faute de service, ou faute de l'Etat, au regard du droit international, consiste donc essentiellement en un fonctionnement défectueux d'un service étatique. C'est la solution généralement retenue par la pratique internationale; ce n'est cependant pas celle à laquelle conduit une analyse purement théorique.

§ 1. — Analyse théorique.

Selon le schéma théorique établi par Hans Kelsen, on peut, parmi les actes des agents étatiques, distinguer trois catégories : les actes conformes à la fois à l'ordre juridique interne et à l'ordre juridique international; les actes conformes à l'un des ordres juridiques et contraires à l'autre; les actes contraires aux deux ordres juridiques. La première catégorie ne soulève pas ici de problème; l'acte est régulier au plan interne et internationalement valable. Lorsque l'acte est commis par un agent conformément au droit interne, mais en violation du droit international, on dira qu'il y a faute de l'Etat. Si l'acte de l'agent est à la fois contraire au droit interne et au droit international, il apparaîtra comme une faute de l'agent.

I. — Faute de l'Etat.

« Il peut se faire que le droit étatique habilite un organe de l'Etat à adopter une conduite défendue par l'ordre international, en ce sens qu'il prescrit une conduite ou qu'il la permet positivement. En ce cas, la conduite en question représente un délit seulement selon le droit international; elle n'en représente pas un selon le droit étatique. » (22). L'acte est illicite au plan international, mais régulier au plan interne. Au regard du droit interne, il n'y a pas faute de l'agent. Pour le droit international, la personne de l'agent n'apparait pas, puisque l'acte est conforme au droit interne. La personnalité de l'agent s'efface, en quelque sorte, devant l'Etat, dans la mesure où il a agi dans l'exercice de ses fonctions. On se trouve en présence

(21) Souligné par nous.

(22) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 401.

d'un acte étatique véritable, c'est-à-dire d'un acte « dépersonnalisé », « collectivisé par le droit » (23). A ce titre, on peut dire que seuls les actes réguliers sous tous les rapports, conformes au droit interne, méritent le qualificatif d'actes étatiques. Leur irrégularité par rapport au droit international conduit seulement à dire que « l'Etat a commis une faute ». En revanche, dès lors que l'acte présente une irrégularité quelconque par rapport au droit interne, il cesse d'être théoriquement un acte de l'Etat pour devenir un acte personnel à son auteur.

II. — Faute de l'agent.

L'acte est illicite au plan international et irrégulier au plan interne. L'agent a agi en dehors de la fonction ou en dehors de la ligne de la fonction; il a accompli un acte « extra-fonctionnel ». L'acte n'est pas conforme à ce qu'il devrait être.

Selon Kelsen, qui envisage l'Etat comme un « problème d'attribution », « une fonction ne peut vraiment être reconnue comme fonction de l'Etat que si elle est prévue et réglée dans l'ordre juridique, c'est-à-dire si elle constitue une fonction juridique » (24). Dès lors que l'agent sort de sa fonction, il cesse de se comporter juridiquement en agent. En effet, un individu appelé à une fonction spécialisée n'est un agent étatique qu'en tant que sa conduite n'est pas contraire aux prescriptions du droit interne.

Cette idée conduit à dire que « l'Etat ne peut mal faire » — « The King cannot do wrong », dans la terminologie anglo-saxonne —, c'est-à-dire qu'il ne peut pas se comporter d'une manière contraire au droit étatique, puisque celui-ci émane de la « volonté » de celui-là. Hans Kelsen est donc fondé à écrire : « Si le délit est commis, il ne peut être qu'un délit de l'individu qui l'a commis en se comportant de telle ou telle façon. Ce ne peut pas être un délit de l'Etat; un individu n'agit comme organe de l'Etat que si sa conduite est habilitée par l'ordre juridique en ce sens qu'elle est création ou application du droit ou obéissance au droit; il n'agit pas comme tel si sa conduite est violation du droit. » (25).

Telle est la solution rigoureuse à laquelle conduit une analyse purement théorique et qui a parfois été préconisée par certains Etats, notamment par les pays anglo-saxons en application du principe « The State cannot do wrong ». Ce n'est toutefois pas la solution consacrée par la pratique.

(23) Cf. Ch. Eisenmann, *Les actes de l'Administration, Cours de droit*, Paris, 1949-1950, p. 41.
(24) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 386.
(25) H. Kelsen, *ibid.*, p. 402.

§ 2. — Solution pratique.

Tout acte irrégulier d'après le droit interne ne perd pas, *ipso facto*, au regard du droit international, le caractère d'acte étatique. Certains actes, bien qu'ils soient contraires au droit interne, conservent néanmoins la qualité d'actes de l'Etat.

La jurisprudence internationale admet, en effet, que des erreurs sont toujours possibles dans le fonctionnement des divers services publics d'un Etat. Le fait, pour une mesure administrative, par exemple, d'être entachée d'une irrégularité quelconque n'a pas pour effet de dénaturer la mesure en question pour en faire un acte personnel de l'agent dont elle émane.

La Commission de conciliation franco-italienne devait le rappeler dans sa décision dame Mossé. Exécutant un ordre de saisie, des fonctionnaires italiens, agissant dans l'exercice de leurs fonctions et dans l'intérêt de l'autorité publique, commirent une erreur en retenant certains biens qui n'étaient pas normalement visés par l'ordre de saisie. « Une telle erreur, devait estimer la Commission, n'a pas pour effet de transformer l'enlèvement des biens de la dame Mossé en action personnelle des fonctionnaires qui l'effectuèrent; des erreurs de ce genre sont évidemment concevables et inévitables dans la conduite ordinaire de l'Administration. » (26).

Max Huber avait déjà relevé, en 1925, qu' « aucune police ni aucune administration de justice n'est parfaite, et il faut sans doute accepter, même dans les pays les mieux administrés, une marge considérable où la tolérance s'impose » (27).

Ainsi, la faute de l'Etat doit être appréciée en tenant compte de cette « marge de tolérance ». Un acte internationalement illicite et irrégulier au regard du droit interne peut, malgré l'irrégularité dont il est entaché dans l'ordre interne, ne pas perdre la qualité d'acte étatique. On dira alors que c'est l'Etat qui a commis une faute. Ses services publics auront, par exemple, fonctionné de façon défectueuse.

En soi, cela ne pose guère de problème. Toute la difficulté provient du fait que d'autres actes de l'Etat, irréguliers au point de vue interne, perdent leur qualité d'actes étatiques et sont réputés actes personnels des agents qui les ont accomplis. Où tracer la limite entre les deux catégories d'actes ? Là réside la difficulté essentielle. De plus, la tentation est grande de vouloir recourir à des distinctions empruntées au droit interne, pour surmonter cette difficulté.

(26) Recueil des décisions, fasc. 4, p. 127.
(27) Rapport sur les réclamations britanniques au Maroc espagnol, R.S.A. vol. 2, p. 642.

Il ne saurait pourtant être question, comme on le fait parfois en droit administratif français, notamment, de dire que l'acte est étatique lorsqu'il entraîne la responsabilité de la puissance publique et qu'il est personnel à son auteur lorsqu'il engage la responsabilité personnelle de celui-ci. En ce domaine, en effet, la distinction entre faute personnelle et faute de service a été « imaginée uniquement pour donner aux agents publics une certaine protection » (28). Le problème ne se pose certainement pas en ces termes-là au plan international. En droit international, seule peut être mise en jeu la responsabilité des Etats (29), car eux seuls sont sujets de droits et d'obligations, en principe; il n'est nullement question d'une responsabilité internationale des agents étatiques eux-mêmes, tout au moins dans la conception traditionnelle du droit des gens. Il faudrait alors instituer des voies de recours internationales contre les agents étatiques et, par conséquent, reconnaître assez largement à l'individu le droit d'accès aux instances internationales. L'individu se verrait ainsi promu au rang de véritable sujet de droit international. En ce sens, le transfert de responsabilité du groupe à l'individu-agent constituerait sans doute un progrès. Cependant, pour en arriver là, il faudrait que le droit international connaisse une évolution considérable, pour ne pas dire une véritable révolution. Or, comme l'observait, il y a quelques années, le Président Jules Basdevant, « un tel développement du droit entraînerait une dissociation de la conception de l'Etat, alors que, dans l'ordre international, l'unité de l'Etat s'affirme fortement; il serait à l'inverse du développement qui se constate dans l'ordre interne, où pour mieux assurer la garantie des particuliers, la responsabilité de l'Etat s'est affirmée en faisant reculer celle des fonctionnaires » (30).

D'autre part, afin de rendre l'Etat responsable, il est indispensable d'avoir, au préalable, qualifié l'acte incriminé, le fait dommageable. Dans cette qualification, les principes et les critères dégagés par le droit interne ne sont pas, semble-t-il, directement applicables.

Doit-on, dès lors, dresser un procès-verbal de carence et dire que le juge ou l'arbitre international tranchera en s'inspirant des « circonstances de la cause » ? Certainement pas.

(28) Fliniaux, R.D.P., 1921, p. 334.

(29) Rappelons que nous avons écarté la question de la responsabilité des organisations internationales.

(30) J. Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1936-IV, pp. 661-662.

Section III

LA NOTION DE FAUTE PERSONNELLE ET LE DROIT INTERNATIONAL DE LA RESPONSABILITE

Au terme d'une étude attentive de la jurisprudence internationale en ce domaine, nous pensons que toute la complexité du problème vient de ce que l'on a, bien souvent, perdu de vue la qualité même de l'auteur de la faute. Il importe pourtant de bien voir que l'Etat n'agit, et ne cause en conséquence de dommages, que par l'intermédiaire d'individus qualifiés, c'est-à-dire d'agents publics.

C'est précisément en cela, croyons-nous, que réside le problème fondamental. Certes, l'agent étatique est un individu. Cependant, c'est un particulier d'un type spécial, en ce sens qu'il n'agit généralement pas pour son propre compte, mais pour celui de la collectivité étatique, lorsqu'il se présente en tant qu'agent.

Ainsi, lorsqu'il commet, *en qualité d'agent*, un acte illicite au regard du droit international, on dit que c'est l'Etat qui a commis une faute. Nous avons déjà noté, à ce propos, que l'acte étatique pouvait, sans pour autant perdre sa qualité, présenter un certain degré d'irrégularité par rapport au droit interne. C'est la solution retenue en pratique, parce que c'est la seule qui soit applicable.

En tant qu'individu privé, l'agent étatique peut également commettre des fautes. Celles-ci se présentent alors comme des actes de particuliers. C'est, semble-t-il, le type même de la faute personnelle, au sens strict : la faute n'a aucun rapport avec la fonction et la qualité d'agent public de son auteur; c'est la faute d'une personne et non celle d'un agent. En ce sens, le crime de droit commun commis par un fonctionnaire serait la faute personnelle « idéale ».

Cependant, tous les actes et, partant, toutes les fautes que peut accomplir un agent étatique ne sauraient être arbitrairement répartis entre ces deux catégories : les actes exclusivement étatiques et les actes exclusivement privés. Bien souvent, les actes dommageables commis par les agents de l'Etat revêtent à la fois un aspect fonctionnel et un aspect personnel. Derrière l'agent apparaît l'individu, « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». Même lorsque l'agent étatique agit en cette qualité, on voit parfois se dessiner la figure de l'individu, sa personnalité. L'acte qu'il prétend accomplir au nom et pour le compte de l'Etat se trouve alors, en fait, personnalisé. On se trouve ainsi en présence d'un *acte mixte*, qui n'est ni un acte étatique véritable, ni un simple acte privé. C'est un acte « détachable de la fonction », mais qui n'en est cependant pas inté-

gralement détaché. On dira que l'agent a commis une faute personnelle.

Aussi, il y a, semble-t-il, *deux situations* dans lesquelles un agent étatique peut commettre une faute personnelle : en dehors du service ou dans le service. Dans le premier cas, c'est un acte de nature privée; dans le second cas, un acte étatique personnalisé.

§ 1. — L'acte de nature privée.

Lorsque l'agent étatique commet une faute en dehors de l'exercice de sa fonction, cette faute revêt nécessairement un caractère personnel. En principe, elle ne présente aucun lien avec le service dont dépend l'agent.

Toutefois, un acte privé, accompli par l'agent en dehors du service, peut n'être pas dépourvu de tout lien avec la fonction de l'agent, au sens donné à cette expression par le Conseil d'Etat français, dans son arrêt Mimeur du 18 novembre 1949. L'agent s'est, en principe, comporté comme un simple particulier. En fait, il s'est servi, pour commettre cet acte, des facilités matérielles que la fonction mettait à sa disposition. Il en va notamment ainsi lorsqu'un agent étatique accomplit un acte dommageable en se servant des moyens du service. Selon l'expression du commissaire du gouvernement Blum, « la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute » (31). Cette circonstance suffit, bien souvent, à mettre la réparation du dommage ainsi causé à la charge de l'Etat, comme nous le verrons dans la seconde partie (titre premier). Elle n'altère cependant pas la nature même de la faute, qui reste personnelle à l'agent, parce que commise en dehors du service. Le cas le plus fréquent est, à n'en pas douter, celui des accidents de la circulation causés par des agents étatiques circulant à bord de véhicules administratifs en dehors du service (32).

Cette première hypothèse ne soulève donc aucune difficulté particulière. Il en va différemment, au contraire, lorsque la faute est commise en service.

§ 2. — L'acte étatique personnalisé.

L'acte accompli par un agent au cours du service, en sa qualité officielle, peut devenir fait personnel, soit en raison des motifs égoïstes

(31) Conclusions dans l'affaire Lemonnier, Conseil d'Etat, 26 juillet 1918, Recueil Lebon, p. 761.

(32) Cf. l'affaire Tucker, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, HACKWORTH, *Digest*, vol. V, p. 583.

ou malicieux qui l'ont inspiré, soit en raison du comportement injustifiable de l'agent (33). L'acte devrait normalement être un acte étatique; mais il ne peut pas être ainsi qualifié en raison de l'élément individuel très net que l'on y rencontre. La personnalité de l'agent apparaît dans les motifs qui ont inspiré l'acte, ou bien dans la façon dont l'acte a été accompli.

I. — Personnalisation résultant des motifs de l'acte.

Constituent des fautes personnelles les actes commis par les agents, au cours de leur fonction, dans un but d'intérêt personnel, par égoïsme ou par malveillance envers la victime. L'agent ne sert pas sa fonction, « il s'en sert, il la trahit » (34). L'intention mauvaise, le but poursuivi, les motifs qui ont poussé l'agent étatique à commettre l'acte dommageable, fournissent donc un premier élément d'appréciation. L'abus de pouvoir ou le détournement de pouvoir, de même que le dol (35) et la voie de fait (36) sont ainsi retenus comme fautes personnelles par le juge international. En ce domaine, on rencontre un nombre assez important de réclamations internationales résultant de fautes personnelles généralement constituées par des actes de brutalité inutiles commis par des agents de police ou des militaires.

II. — Personnalisation résultant du comportement de l'agent.

La faute personnelle peut également résulter de la façon dont l'agent s'est comporté dans l'accomplissement d'un acte étatique. Il a, par exemple, commis une faute d'une gravité telle que l'acte étatique s'en trouve nécessairement dénaturé. Selon l'expression d'Hauriou, l'agent est sorti « des traditions de la fonction » (37) ; il ne s'est pas comporté de façon raisonnable, en quelque sorte.

Il est intéressant de noter ici que la jurisprudence et la doctrine américaines considèrent également que le fonctionnaire doit se comporter, à peine de commettre une faute personnelle, comme un « fonctionnaire raisonnable » (38). Dès que son comportement n'est plus raisonnable, il y a faute lourde de sa part. C'est cette idée de faute

(33) On peut dire que, si ces circonstances entraînant une dénaturation de l'acte n'interviennent pas, la responsabilité de l'Etat est alors admise, quand elle est reconnue, pour faute de service, c'est-à-dire pour faute de l'Etat lui-même.

(34) Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927, n° 126.

(35) Commission de conciliation franco-italienne, différend Filatures de Schappe, 6 juillet 1954, Rec. des décisions, fasc. 5, p. 103.

(36) *Ibid.*, différend J.-B. Carli, 31 octobre 1951, Rec. des décisions, fasc. 3, p. 169.

(37) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 9e éd., p. 17.

(38) B. Schwartz, *Le droit administratif américain*, 1952, p. 203.

lourde que l'on rencontre notamment dans une décision de la Commission interne américaine chargée de statuer sur les réclamations que les Etats-Unis s'étaient engagés à régler, aux termes d'un traité conclu en 1848 avec le Mexique. Cette Commission devait, en effet, relever « la faute injustifiable » commise par un fonctionnaire mexicain (39).

Il n'est pas niable que la notion de faute lourde élaborée par Gaston Jèze en droit administratif français aide à la compréhension de cette catégorie de faute personnelle : « Il y a faute lourde toutes les fois que la faute consiste en une erreur grossière qu'à raison de sa situation le fonctionnaire est inexcusable d'avoir commise... Il y a faute lourde dans trois cas : 1° lorsque l'agent s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa conduite; 2° lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux; 3° lorsqu'un fonctionnaire a violé une loi pénale » (40).

Ainsi, l'excès de pouvoir caractérisé d'un agent étatique constitue une faute personnelle, même s'il n'y a pas eu de mauvaise intention de la part de l'agent, mais seulement une erreur grave absolument inadmissible (41). On peut citer comme autres exemples retenus par la jurisprudence internationale : le séquestre illégalement accompli d'un navire; la perquisition, non autorisée par la loi, faite dans une légation étrangère; l'arrestation arbitraire et illégale d'un individu étranger; etc.

En définitive, il semble établi qu'il y ait ainsi *trois types* de faute personnelle :

— l'acte privé commis en dehors du service;

— l'acte étatique dénaturé par les motifs qui l'ont inspiré;

— l'acte étatique dénaturé par la façon dont il a été accompli (42).

Il en résulte qu'il est à peu près impossible de trouver un critère absolument sûr permettant de dire, dans une situation donnée, s'il y a faute personnelle de l'agent.

§ 3. — Absence d'un critère unique.

Certes, il n'est pas douteux, en règle générale, que la faute d'un agent sera personnelle à son auteur, lorsqu'elle aura été commise en

(39) Ralston, *International arbitral law*, p. 222.

(40) Cf. R.D.P., 1909, pp. 263 et 274.

(41) Commission de conciliation franco-italienne, différend Ousset, 5 juillet 1954, Rec. des décisions, fasc. 5, pp. 45-46.

(42) Notons que M. René Chapus estime qu'en droit français il faut distinguer, non pas entre la faute de service et la faute personnelle, mais entre la faute de service et *les* fautes personnelles. Selon lui, on doit, en effet, « distinguer trois types de fautes qui pour être uniformément dénommées, selon une terminologie universellement acceptée, fautes personnelles n'en sont pas moins nettement différenciées ». Cf. Responsabilité publique et responsabilité privée, p. 239, note 1.

dehors du service. Toutefois, l'inverse n'est pas toujours vrai; une faute commise en service peut également avoir le caractère personnel. Ce *critère matériel* n'est donc pas suffisant.

Dans certains cas, en effet, il faudra faire appel à un *critère intentionnel* : quel but a poursuivi l'agent ou quels motifs ont inspiré son acte ? Un certain nombre de fautes commises en service apparaîtront alors comme des fautes personnelles, l'agent n'ayant pas eu en vue le but de sa fonction, mais un intérêt personnel.

En dehors de cette hypothèse, le recours à l'*idée d'erreur* grossière et injustifiable permettra de dire que l'on se trouve en présence d'une faute de nature personnelle, indépendamment de tout élément subjectif, sans tenir compte des intentions de l'agent.

Il faut cependant reconnaître qu'il demeure ici une zone d'incertitude. En effet, la faute commise par un agent étatique dans le service, de façon non intentionnelle, est normalement une faute de service. Aussi, la question se pose de savoir à partir de quel degré de gravité la faute d'un agent public se trouve dénaturée et devient une faute personnelle. On peut sans doute déclarer qu'il en va ainsi lorsque l'agent ne se comporte plus comme un fonctionnaire raisonnable (43) ; mais il est malaisé de préciser davantage.

Il appartient au juge ou à l'arbitre international de se prononcer en tenant compte des circonstances particulières de chaque affaire; car il s'agit ici d'une question d'espèce. Toujours est-il qu'une faute personnelle peut alors être commise de bonne foi, en dehors de toute intention malveillante ou de tout but égoïste, par un fonctionnaire dont les capacités se révèlent être, en la circonstance, au-dessous de la moyenne de ce qu'on est en droit d'attendre d'un agent public. Ceci est important; car, bien souvent, on n'envisage la faute personnelle que sous son aspect de faute intentionnelle et l'on est alors conduit à déclarer qu'une imprudence grave ou une négligence grossière ne peut jamais constituer une faute personnelle; ce qui nous semble inexact.

Il nous paraît, en effet, indispensable, pour mieux saisir l'évolution de la jurisprudence arbitrale en ce domaine, d'adopter une conception assez large de la faute personnelle. On y est d'autant plus conduit que les arbitres internationaux ne s'attachent pas, en général, à la qualification des faits personnels des agents étatiques. Ils se bornent à relever que l'Etat doit répondre des dommages causés par ses agents sans mentionner si c'est à la suite de ce qu'on nomme habituellement des fautes de service ou à la suite de fautes personnelles. Autrement dit, en cas de responsabilité internationale pour faute personnelle, tout se passe comme si l'on se trouvait en présence d'un acte étatique véritable,

(43) Nous aurons l'occasion d'analyser le comportement moyen auquel peut être tenu un agent public, cf. *infra*, 2e partie, titre II, chapitre II.

c'est-à-dire comme si la responsabilité de l'Etat découlait d'une conduite d'organe contraire au droit international mais conforme au droit interne.

Toutefois, dans la mesure où le fait dommageable est constitué par une faute que l'on peut considérer comme une faute personnelle au regard du droit international, le mécanisme permettant d'en rendre l'Etat responsable au plan international ne peut pas être analogue à celui qui est mis en œuvre dans les cas où c'est l'Etat lui-même qui est réputé en faute.

*
**

L'Etat ne sera pas tenu responsable, dans l'ordre international, de toutes les fautes personnelles de ses agents. Notamment, sa responsabilité ne sera pas, en principe, engagée par les actes exclusivement privés que peuvent commettre ses fonctionnaires; car ceux-ci se comportent alors comme de simples particuliers. Et il est bien établi en jurisprudence, depuis la célèbre affaire Cotesworth and Powell, du 5 novembre 1875, entre la Grande-Bretagne et la Colombie, que les actes dommageables commis par des individus ne peuvent généralement entraîner la responsabilité internationale de l'Etat (44). L'Etat pourra être rendu responsable uniquement pour les fautes personnelles qui, en apparence, se rattachent au service. L'admission de cette responsabilité se fera selon une technique propre au droit international.

Il n'en demeure pas moins qu'il semble, *a priori*, y avoir quelque inconvenance à rendre l'Etat responsable, au regard du droit international, pour des actes qui, loin d'être des actes étatiques, sont personnels à leurs auteurs et sont reconnus tels. Comment expliquer cette dissociation entre l'auteur du fait dommageable et le titulaire de la responsabilité ? C'est la question à laquelle il nous faut à présent répondre, en recherchant le fondement de ce régime particulier de responsabilité internationale.

(44) R.A.I., tome III, p. 725. Sur cette affaire, voir également L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, pp. 417-418.

CHAPITRE III

Le fondement de la responsabilité internationale pour faute personnelle.

Sans doute est-il paradoxal de parler de responsabilité internationale des Etats pour des fautes qui sont personnelles à leurs agents. En effet, la notion de faute personnelle, telle qu'elle a été dégagée en droit français, par exemple, a été élaborée essentiellement pour rendre personnellement responsable l'agent qui en était l'auteur. De même, en droit international, lorsqu'il a été fait appel à la notion de faute personnelle, ce fut également pour tenter d'écarter la responsabilité de l'Etat (1). On peut donc légitimement se demander s'il est logique de qualifier ainsi ce type de responsabilité « internationale ». Ce régime particulier a toutefois sa raison d'être.

Il semble évident qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité pour faute de l'Etat lui-même, en tant que personne juridique titulaire de droits et d'obligations dans l'ordre international. Telle est, du moins, la solution qui paraît se dégager de l'appellation même de ce régime de responsabilité.

L'acte de l'agent est qualifié de faute à la fois par le droit international et par le droit interne de l'Etat dont relève cet agent. La faute est personnelle à son auteur; c'est une faute imputable à un agent et non pas à un Etat. En conséquence, on pourrait penser que le type de responsabilité qui en résulte ne saurait, en principe, être qualifié de responsabilité pour faute étatique ou, plus simplement, de responsabilité pour faute (sous-entendu : de l'Etat). Il faudrait donc cher-

(1) Cf. l'opinion du secrétaire d'Etat américain Bayard dans l'affaire Tunstall, Moore, *Digest*, vol. VI, p. 742. Voir également : Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der Civilisierten Staaten*, 3e éd., 1878, p. 261 ; et le rapport de M. Guerrero au Conseil de la S.D.N. en 1927.

cher ailleurs le fondement de cette responsabilité internationale et écarter l'idée de faute de l'Etat.

« Cependant, à y regarder de plus près, la faute de l'Etat peut également servir de support à l'action en responsabilité. L'Etat peut s'être rendu coupable de négligence ou d'imprudence dans le choix de son fonctionnaire, dans la surveillance qu'il doit exercer à l'égard de celui-ci, ou dans la façon de réprimer ses actes » (2). Ayant mal choisi, mal conduit, ou négligé de surveiller et de punir son agent, l'Etat aurait ainsi commis une faute, — *culpa in eligendo, culpa in regendo, culpa in advigilando.* La responsabilité internationale pour faute personnelle pourrait donc être, en fait, une responsabilité ayant pour fondement une faute étatique.

Responsabilité pour faute ou responsabilité sans faute ? Laquelle de ces deux hypothèses convient-il de retenir ? Nous allons voir que l'idée de faute, si elle peut parfois être retenue et est effectivement retenue par la jurisprudence internationale dans certains cas, ne constitue cependant pas toujours une explication suffisante et qu'il est nécessaire de faire appel à des notions autres que la faute, notamment de reconnaître l'existence d'une responsabilité objective ayant à sa base une idée de garantie (3). Toutefois, dans bien des cas, ni la faute, ni l'idée de garantie ne sauraient être invoqués comme constituant des fondements suffisants. Bien souvent, la jurisprudence et la pratique internationales font simplement appel à l'idée de courtoisie, se bornant à prendre en considération les nécessités de la vie internationale. En effet, en raison même de sa nature et de sa structure, la société internationale ne peut pas toujours s'en tenir à des principes exclusivement juridiques. C'est pourquoi il est quelquefois indispensable, pour reprendre l'expression du Professeur Cavaré, de « faire appel à des notions d'ordre politique, en particulier à cette idée fondamentale qu'il est nécessaire de maintenir la paix avant tout. Cette idée conduira à faire échec à l'utilisation d'une technique juridique trop stricte » (4).

Il apparaît ainsi qu'il existe, non pas un seul, mais plusieurs fondements possibles de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents. L'explication de cette responsabilité résidera tantôt dans la faute étatique, tantôt dans la garantie de l'Etat, tantôt dans les nécessités de la vie internationale.

(2) L. Cavare, *Le droit international positif*, tome II, p. 392.

(3) Cf. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité des Etats*, p. 69 : « La responsabilité de l'Etat à raison de la conduite de ses fonctionnaires qui outrepassent les limites de leur compétence et commettent des excès de pouvoir... s'explique par suite d'une idée de garantie et résulte des exigences de l'ordre international. »

(4) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 387.

Section I

LA FAUTE ETATIQUE

Parler ici de faute de l'Etat ne va pas sans surprendre, de prime abord, puisque le dommage a été causé par une faute personnelle d'un agent public. Cependant, dans un certain nombre de cas, une faute étatique vient « doubler » l'acte dommageable du fonctionnaire coupable de faute personnelle. En effet, la faute personnelle de l'agent implique parfois une faute de l'Etat lui-même. Il y a coexistence d'une faute personnelle et d'une faute étatique.

§ 1. — Coexistence d'une faute personnelle et d'une faute étatique.

Lorsque se présente une semblable hypothèse, le dommage ne résulte pas d'un seul fait, le fait personnel de l'agent, mais d'un ensemble de circonstances dans lesquelles se trouvent plus ou moins étroitement mêlées des fautes de service et des fautes personnelles. Le préjudice peut, en effet, avoir à son origine deux fautes combinées. Si la jurisprudence internationale a depuis longtemps admis qu'il pouvait y avoir pluralité de fautes, cette notion n'a été reçue en droit interne français qu'à une époque récente.

I. — La pluralité de fautes en droit interne.

Le droit administratif français connaît la notion de « cumul des fautes » depuis l'arrêt de principe rendu le 3 février 1911 par le Conseil d'Etat dans l'affaire Anguet, où l'Etat fut déclaré responsable de dommages infligés à un usager par les employés d'un bureau de poste, à la suite d'erreurs et de fautes, dont certaines constituaient des fautes du service des postes et d'autres des faits ayant indubitablement la nature de fautes personnelles (5). Le sieur Anguet était entré dans un bureau de poste quelques instants avant l'heure de fermeture; pendant qu'il procédait à une opération postale, la porte du bureau fut fermée, avant l'heure réglementaire. Sur le conseil d'un employé, l'usager emprunta pour sortir la salle réservée au personnel, où d'autres agents triaient le courrier. Voyant entrer un individu étranger au service et s'imaginant sans doute qu'il s'agissait d'un voleur, ceux-ci le frappèrent violemment. Le Conseil d'Etat estima que le dommage avait pour origine deux fautes : la brutalité des postiers (faute personnelle)

(5) Recueil Sirey, 1912.II, p. 137, note Hauriou.

et le fait que le bureau avait été fermé avant l'heure réglementaire (faute de service).

Depuis lors, le principe a été maintes fois repris par le Conseil d'Etat, notamment dans des affaires où des militaires en permission avaient causé des dommages en faisant usage de leurs armes, alors qu'ils n'auraient pas dû pouvoir emporter ces armes (6).

Comme le note M. Waline, « dans les cas où il y a ainsi cumul de fautes, peu importe que la faute de l'agent ait été commise lors du service, cela n'empêche pas la responsabilité de l'Etat, puisque celle-ci n'est pas alors fondée sur cette faute, mais sur l'autre, le mauvais fonctionnement ou la mauvaise organisation du service » (7).

En est-il de même en droit international ?

II. — Le cumul des fautes dans la jurisprudence internationale.

Les arbitrages internationaux admettent également la responsabilité de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents, lorsqu'on peut relever à sa charge une faute de service consistant en une action ou une omission coupable des organes étatiques supérieurs. Il faut cependant distinguer les cas où la faute étatique est concomittante ou postérieure à la faute personnelle et les cas où elle est antérieure à celle-ci. Nous ne retiendrons que quelques exemples.

A. — *Faute étatique concomittante ou postérieure.*

Ceci résulte notamment de l'affaire Baldwin, entre les Etats-Unis et le Mexique, tranchée le 23 février 1842 (8). Un citoyen américain, établi comme commerçant au Mexique, vit sa propriété et ses biens séquestrés sur l'ordre d'un fonctionnaire qui avait agi dans un but de persécution, en utilisant ses pouvoirs légaux dans un but personnel. La Commission de réclamations admit la responsabilité du Gouvernement mexicain, en se fondant sur le fait que les fautes dommageables du fonctionnaire coupable n'avaient été rendues possibles qu'en raison de la négligence et de l'imprudence des autorités.

La même Commission se prononça à nouveau en faveur de la responsabilité du Mexique, dans l'affaire de l' « Eclipse », en 1849, où des fonctionnaires mexicains avaient soumis un navire américain à des visites et à des exactions répétées, accompagnées de mauvais traitements à l'égard du capitaine et des membres de l'équipage. Les cou-

(6) Voir, par exemple, l'arrêt veuve Robinier, du 30 mai 1947, Recueil Lebon, 1947, p. 230.

(7) M. Waline, *Droit administratif*, 8e éd., 1959, p. 692.

(8) Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3235.

pables n'ayant pas été punis, la Commission devait en conclure : « Ces actes ont été couverts et approuvés par ceux qui détiennent l'autorité au nom du Mexique » (9). Le défaut de sanction contre les auteurs des faits dommageables constituait une faute étatique, puisque le Gouvernement mexicain pouvait alors être présumé avoir fait siens les actes de ses agents.

Parfois même, la conduite des autorités étatiques supérieures apparaît encore plus nettement comme une approbation des actes des agents. Il en fut ainsi en 1865 dans l'affaire Straugham. Un officier de marine anglais avait arrêté par la force une frégate américaine, l'avait soumise à des perquisitions et y avait enlevé de prétendus déserteurs de la marine britannique. Ses actes avaient été manifestement illégaux, tant au regard des lois anglaises, qui ne lui conféraient pas les pouvoirs qu'ils s'étaient arrogés, que vis-à-vis du droit international, puisque les faits incriminés s'étaient produits en haute mer. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire déclara que « tous les doutes concernant la responsabilité... sont levés par le fait que le Gouvernement britannique a reçu les prisonniers... Il a d'abord refusé de les rendre et, finalement, les a relâchés après cinq années de négociations diplomatiques » (10). Il y avait eu, en quelque sorte, acquiescement et validation des actes de l'officier de marine en cause. Le Gouvernement devait, en conséquence, en endosser la responsabilité; car il avait lui-même commis une faute.

B. — *Faute étatique préexistante.*

Certaines décisions arbitrales ont parfois considéré qu'une simple imprudence commise par les autorités étatiques au moment de la nomination du fonctionnaire coupable de faute personnelle constituait une faute de leur part.

C'est ainsi qu'un arbitrage rendu en 1940 dans l'affaire *Naomi Russel* entre les Etats-Unis et le Mexique par la Commission spéciale des réclamations, établie conformément à un accord du 10 avril 1935, rendit le Gouvernement mexicain responsable du meurtre d'un national américain commis par un militaire de l'armée mexicaine, en ayant recours à l'idée de *culpa in eligendo* : « La faute a consisté... en l'incorporation de Crozco (l'auteur du meurtre) dans les forces armées de l'armée mexicaine et sa nomination au grade de général » (11).

Cette position fut également soutenue par la Commission de conciliation franco-italienne, dans sa décision du 7 décembre 1955 concer-

(9) *Ibid.*, p. 3397.
(10) Cité par Th. Meron, B.Y.B., 1957, p. 106.
(11) Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 476.

nant le différend dame de Chavaz (12). Après avoir relevé la nécessité d'un lien de causalité entre le dommage et la faute du Gouvernement français dans la personne de ses organes pour que pût être admise la responsabilité internationale de ce Gouvernement, la Commission estima que ces organes « ont pu commettre une faute (négligence ou imprudence) dans la désignation de l'administrateur-séquestre (*culpa in eligendo*) ». La Commission ajoutait même que les autorités françaises avaient pu commettre une faute « en donnant les instructions nécessaires (*culpa in instruendo*), ou en accordant les autorisations exigées par la législation interne ».

S'il est ainsi établi qu'il peut y avoir coexistence d'une faute personnelle et d'une faute étatique, il reste cependant à déterminer quelle est la nature de cette dernière faute.

§ 2. — Nature de la faute étatique.

La faute de l'Etat réside surtout dans le fait qu'il n'a pas prévenu ou réprimé la commission du fait dommageable de son agent. En pareil cas, on peut dire que l'Etat est rendu internationalement responsable des fautes personnelles commises par ses agents parce qu'il a, en quelque sorte, manifesté « son approbation, son indifférence ou sa connivence » avec les fonctionnaires fautifs, en négligeant de recourir à des mesures de prévention ou de répression (13). En d'autres termes, on peut relever à la charge de l'Etat, un défaut de diligence volontaire (approbation ou connivence) ou involontaire (indifférence). De façon large, il est possible d'affirmer que la faute de l'Etat est alors représentée par une négligence coupable, consistant en l'inexécution des obligations prescrivant un certain degré de diligence dans la protection des étrangers.

I. — Le défaut de diligence.

Dans sa décision précitée, la Commission de conciliation franco-italienne précisait que la faute étatique était, en l'espèce, constituée par « un défaut de diligence de la part de l'Etat français » (14).

(12) Rec. des décisions, fascicule 5, p. 273. Dans sa décision n° 247 du 12 mai 1959, différend Textiloses et textiles, la Commission refusa de considérer comme « culpa in eligendo » la nomination d'un administrateur-séquestre incompétent : « Les faibles qualités de l'administrateur-séquestre pour la fonction qui lui était confiée ne permettent pas de déclarer coupable la nomination elle-même... » ; R.S.A., vol. XIII, p. 749.

(13) Borchard, *Commentaire des décisions de la Commission générale des réclamations entre les Etats-Unis et le Mexique*, A.J.I.L., 1931, p. 735 et suiv.

(14) Rec. des décisions, fasc. 5, p. 274.

On se trouverait donc ici en présence d'une responsabilité internationale pour défaut de diligence, ou pour acte de négligence (15), ou encore pour carence des autorités étatiques supérieures. Ce dernier point de vue fut notamment retenu par l'importante Commission Etats-Unis-Mexique, instituée en vertu d'une convention du 8 septembre 1923, dans les affaires Kling et Tribolet, tranchées par elle le 8 octobre 1930 : le Mexique fut déclaré responsable de dommages causés par l'attitude inconsidérée de militaires, en raison de sa carence dans l'instruction des affaires et dans la punition des coupables (16).

Il semble même, d'après la jurisprudence la mieux établie, que l'Etat ne peut être rendu responsable des fautes personnelles de ses agents que s'il a lui-même commis une faute. L'Etat ne serait pas responsable s'il n'a pas manqué à son devoir de diligence ou de vigilance. Le défaut de diligence joue donc ici le rôle d'une condition d'admission de la responsabilité internationale. Plus précisément, il apparaît comme un réducteur ou un *modérateur de responsabilité,* dans la mesure où il peut faire échec à l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat. Il a, en définitive, pour effet d'empêcher que l'Etat ne soit obligé de se porter garant de la bonne conduite de ses agents en toute occasion. Par là même, le défaut de diligence permet aux Etats de ne pas assumer, dans l'ordre international, envers des étrangers, une responsabilité que peu d'entre eux assument dans l'ordre interne envers leurs nationaux.

Dès lors, comment expliquer que, par le biais du défaut de diligence, on puisse mettre en cause l'Etat ?

En raison de la complexité des structures étatiques, il serait possible en cas de faute personnelle commise par un agent étatique, de remonter jusqu'à l'organe supérieur et de montrer qu'il aurait lui-même indirectement commis une faute. Le Doyen Redslob, pour qui « la responsabilité suppose une faute », estimant que c'est là une exigence de la raison, explique cette idée de la façon suivante : « La faute suppose, en saine raison, que l'auteur connaisse, ou doive connaître en bonne diligence, le caractère illicite de son acte. Dans le domaine du droit criminel ou du droit civil, la plupart des législateurs admettent d'emblée, par une fiction, la connaissance de la loi. Il est difficile de prétendre qu'en droit des gens cette règle ait cours. Mais on arrive le plus souvent au même résultat pratique par un autre raisonnement : si l'auteur ne connaît pas ou n'est pas tenu de connaître le droit des gens dans son ensemble, dans sa complexité, dans ses nuances, il y a toujours un organe supérieur qui est ou devrait être renseigné. C'est alors lui

(15) Cf. P.A. Zannas, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de négligence,* Montreux, 1952.

(16) R.S.A., vol. IV, pp. 575 et 598.

le coupable. Il est fautif pour n'avoir pas donné à l'agent subalterne les instructions nécessaires. Il est l'auteur médiat, intellectuel, parce que la transgression commise est la suite de sa négligence » (17).

L'imprudence ou la négligence des autorités étatiques représente ainsi une faute, constituée par l'omission de l'Etat qui se rend plus ou moins « complice » de ses agents. Dans cette optique, la responsabilité internationale de l'Etat à la suite de fautes personnelles de ses agents est donc bien une responsabilité pour faute, dans la mesure où la faute personnelle de l'agent se double d'une faute de service directement imputable à l'Etat : la faute personnelle implique faute de service, au sens où l'entend le droit administratif français (18). La faute étatique est impliquée par la faute personnelle, en ce que la réalisation de celle-ci n'a été rendue possible qu'à la suite d'un fonctionnement défectueux ou tardif, ou même d'une absence de fonctionnement des services étatiques. Ce mauvais fonctionnement des services étatiques représente, en quelque sorte, une faute de l'Etat; celui-ci est en faute pour avoir manqué à son devoir international de diligence dans l'organisation de ses services.

Surgit alors la question de savoir quelle est l'étendue de la diligence requise de l'Etat par le droit international.

II. — Le degré de diligence exigé.

Il convient, semble-t-il, de faire tout d'abord la distinction entre l'idée de diligence à observer dans l'ordre interne et la diligence telle qu'elle est comprise dans les relations internationales. La première est une *diligentia in republica gerenda*, alors que la seconde est la *diligentia inter gentes*. Lorsque l'on rend l'Etat internationalement responsable à la suite de fautes personnelles de ses agents, en retenant contre lui le grief du défaut de diligence, à laquelle de ces deux conceptions doit-on s'arrêter ?

Selon Max Huber, « la vigilance qu'au point de vue du droit international l'Etat est tenu de garantir, peut être caractérisée, en appliquant par analogie un terme de droit romain, comme une *diligentia quam in suis* » (19). De même M. Paul Guggenheim relève que « le soin que l'on exige de l'organe chargé de protéger les étrangers est en principe le même que prévoit le droit interne en ce qui concerne les individus qui lui sont soumis. Il s'agit donc d'une *diligentia quam in suis*, pour autant du moins que le droit interne de l'Etat en question réponde

(17) R. Redslob, *Traité de droit des gens*, 1950, pp. 231-233.
(18) Cf. F.-P. Benoit, *Juris-Classeur de droit administratif*, fasc. 705.
(19) R.S.A., vol. II, p. 644.

au standard des Etats civilisés » (20). Par conséquent, c'est plutôt à la notion de *diligentia in republica gerenda* qu'il convient de recourir ici.

La notion de « due diligence », qui semble avoir été employée pour la première fois dans le Traité de Washington du 8 mai 1871, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, contenant les fameuses « Règles de Washington », ne désigne rien d'autre que les mesures raisonnables de prévention auxquelles on peut s'attendre de la part d'un Etat bien administré (21). C'est en quelque sorte, la *diligentia boni magistratus*, dont le degré peut varier selon les situations et dont il appartient au juge ou à l'arbitre international de déterminer le contenu pour chaque cas d'espèce, comme le fit, par exemple, la Commission mixte anglo-américaine en 1914, dans l'affaire Cadenhead (22). La diligence est donc appréciée *in concreto*. C'est ce que précisait encore l'arbitre Max Huber dans son rapport concernant les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc : « On a fini par reconnaître que l'Etat n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose » (23). De plus, cette vigilance doit évidemment être adaptée aux circonstances. Selon la formule de M. Freeman, « en matière de responsabilité internationale, le degré du danger mesure la nature et le degré de diligence dont doit faire preuve un gouvernement pour prévenir les actes dommageables à l'égard d'un autre gouvernement ou de ses ressortissants » (24).

Dès lors que l'Etat a failli à son obligation de diligence, il sera responsable des fautes personnelles de ses agents, non pas directement en raison de celles-ci, mais en raison de son manque de diligence. Il suffit donc de prouver qu'à côté de la faute personnelle de l'agent, l'Etat a lui-même commis une faute, pour qu'il y ait responsabilité internationale.

Si le défaut de diligence apparaît comme suffisant pour admettre la responsabilité internationale de l'Etat en cas de faute personnelle d'un de ses agents, est-il cependant toujours nécessaire ? Chaque fois qu'il y aura eu faute personnelle d'un agent étatique, sera-t-il nécessaire de prouver le défaut de diligence de l'Etat pour que puisse être engagée sa responsabilité internationale ? Il ne semble pas; car l'idée de faute étatique ne cadre pas toujours avec ce type de responsabilité.

(20) P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 1954, tome II, p. 54.

(21) Voir les trois règles de Washington, La FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, p. 139. Notons que l'expression « due diligence » a été très discutée en 1872, à l'occasion de l'affaire de l'Alabama ; cf. R.A.I., tome II, p. 779.

(22) NIELSEN, Report, p. 507 ; A.J.I.L., 1914, p. 663.

(23) R.S.A., vol. II, p. 664.

(24) A. FREEMAN, R.C.A.D.I., 1955-II, p. 277.

§ 3. — Critique de la faute considérée comme fondement.

Vouloir trouver dans la faute de l'Etat l'unique fondement de sa responsabilité internationale en cas de faute personnelle de ses agents serait sans doute exagéré. Dans certaines hypothèses, en effet, la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents est admise sans qu'on puisse relever la moindre faute à sa charge. Tenter de recourir à l'idée de faute pour expliquer ces hypothèses aboutit alors à des non-sens. Mais il y a plus. Lors même que l'on prétend faire de la faute de l'Etat le fondement de sa responsabilité internationale, on risque de parvenir à des solutions purement artificielles. C'est notamment ce qui se produit quand on recourt à l'idée de *culpa in eligendo*. En outre, venir déclarer que « la négligence coupable n'est rien d'autre qu'une faute d'un certain genre » (25) est également sujet à critique; car il est possible de prétendre que le défaut de diligence revêt un caractère plutôt objectif. En conséquence, si l'idée de *culpa in eligendo*, s'avère parfois inadaptée, l'idée de *culpa in advigilando* peut également paraître insuffisante.

I. — Inadaptation de la notion de « culpa in eligendo ».

Certes, quelques décisions internationales parmi les plus récentes retiennent comme une faute étatique l'imprudence commise lors de la nomination d'un agent. Telle est notamment la position adoptée par la Commission de conciliation franco-italienne. Ainsi, dans une décision du 4 novembre 1959, reprenant l'idée d'une *culpa in eligendo* pour admettre la responsabilité du Gouvernement français, elle devait déclarer : « Le Gouvernement français n'allègue aucune circonstance qui aurait justifié, *a priori*, un choix qui s'est avéré objectivement mauvais » (26). Or, si le choix d'un agent et sa désignation se révèlent, par la suite, « objectivement mauvais », peut-on encore valablement parler de faute de l'Etat au moment de la nomination de l'agent ? Ce point de vue ne serait soutenable que si l'on estimait que les faits parlent d'eux-mêmes. Il faudrait faire appel à la théorie anglo-saxonne connue sous le nom de *Res ipsa loquitur*, telle qu'elle fut présentée et soutenue par la Grande-Bretagne devant la Cour internationale de justice dans l'affaire du détroit de Corfou. La règle *Res ipsa loquitur* conduit, en effet, à affirmer que « les circonstantes sont telles que normalement le

(25) Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, 1953 ; cité par F.V. Garcia Amador, *Cinquième Rapport sur la responsabilité internationale*, Annuaire de la Commission du droit international, 1960, vol. II, p. 57.

(26) Différend Biens italiens en Tunisie, Rec. des décisions, fasc. 6, p. 210.

préjudice ne peut avoir été subi par la victime que par une faute de négligence de la part du responsable » (27).

On ne peut cependant pas dire que cette règle de procédure du droit anglais soit reçue en droit international. Elle fut même repoussée par la Cour internationale de justice dans son arrêt relatif à l'affaire du détroit de Corfou. La Cour affirmait, en effet : « On ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré, non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs » (28).

Si, dans certains cas, il est possible de dire qu'un gouvernement commet une faute en appelant à des fonctions officielles un individu connu pour sa médiocrité notoire ou sa méchanceté foncière, une telle affirmation n'est sans doute plus possible lorsque le choix de l'agent a été fait *raisonnablement*. De plus, où serait la prétendue « faute » de l'Etat, lorsque l'agent a reçu son investiture d'une élection ? Il faudrait admettre, en pareil cas, qu'il y a eu « faute collective » de la part des électeurs. Ce serait, nous semble-t-il, très exagéré.

II. — Insuffisance de l'idée de « culpa in advigilando ».

Plus justifiée apparaît, de prime abord, l'idée d'une responsabilité pour *culpa in advigilando*. L'Etat a commis une faute dans la surveillance de son agent. Cependant, il est bien évident également que les organes supérieurs de l'Etat ne sont pas toujours en mesure d'exercer sur tous les agents publics une surveillance sévère et continue. L'idée peut, à la rigueur, se concevoir pour le cas des fautes personnelles commises par des agents étatiques subalternes; on peut, en effet, reprocher alors à leurs supérieurs hiérarchiques de n'avoir pas fait preuve de vigilance. S'agissant des agents supérieurs de l'Etat, les hauts fonctionnaires, l'idée serait toutefois plus difficile à soutenir, — encore qu'il soit possible, dans ce cas, d'adresser le reproche aux gouvernants eux-mêmes.

Il n'en demeure cependant pas moins que cette idée de *culpa in advigilando* constitue une base assez fragile. La notion même de défaut de diligence est, en effet, très discutée; diverses interprétations en ont été données. Il en résulte une assez grande complexité. Nous considérons toutefois que le défaut de diligence ou de vigilance reproché aux organes étatiques supérieurs peut fort bien n'être pas qualifié de faute. Il est permis de penser que le défaut de diligence revêt un caractère objectif.

(27) Denis Lévy, *Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en droit international public*, R.G.D.I.P., 1961, p. 758.
(28) C.I.J., Recueil, 1949, p. 18.

Sans doute est-on tenté de dire qu'il y a faute de l'Etat lorsque celui-ci vient à manquer à son devoir de diligence. Cependant, l'expression peut sembler incorrecte, dans la mesure où la faute consiste alors en un manquement à un devoir international. Selon le Président Jules Basdevant, il conviendrait « de distinguer suivant que le système juridique de responsabilité part de la constatation d'un élément subjectif, la faute, ou d'un élément objectif, la règle de droit international dont on relève la violation » (29).

Or, le défaut de diligence qui peut être relevé à la charge d'un Etat, lorsqu'un de ses agents a commis une faute personnelle, n'est rien d'autre, semble-t-il, qu'un manquement, de la part de cet Etat, à son obligation internationale de diligence. Tout Etat est, en effet, tenu, en vertu d'un principe de droit international coutumier, d'exercer un certain degré de diligence lorsque se produit, dans sa sphère de compétence, un acte dommageable : diligence dans la prévention de l'acte ou dans la punition de son auteur. Il n'est pas douteux que le défaut de diligence présente alors un caractère objectif. C'est ainsi que M. Paul Guggenheim affirme que « l'objectivation de la notion de diligence crée pour la collectivité un devoir de vigilance et de diligence » (30). De même, selon M. Zannas, « c'est la diligence qui détermine le manquement qui n'existe que comme violation objective d'un devoir international » (31).

Lorsqu'un Etat ne satisfait pas à ce devoir de diligence, on serait donc fondé à affirmer qu'il commet un acte illicite international, et non pas une faute proprement dite. Pour reprendre une autre expression du Président Basdevant, « la faute ayant un caractère subjectif, le manquement aux obligations internationales ayant un caractère objectif, dire qu'il y a faute à manquer à ses obligations internationales, c'est mêler deux notions qui, logiquement, sont distinctes » (32).

Il importe toutefois de voir qu'il existe deux manières de comprendre la notion de faute. On peut d'abord envisager la faute comme un phénomène subjectif, en déclarant qu'une imprudence ou une négligence coupable de la part de ses organes représente une faute de l'Etat. On peut aussi entendre la faute dans un sens objectif, dans le sens d'un manquement à une obligation préétablie. C'est ainsi que Planiol, en droit français, considérait comme une faute tout manquement à une obligation légale ou contractuelle. Dans cette deuxième acception, la faute se confond avec l'acte illicite. Par conséquent, quelle que soit la

(29) J. Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1936-IV, p. 672.

(30) P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. II, p. 54.

(31) P. Zannas, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de négligence*, p. 130.

(32) R.C.A.D.I., 1936-IV, p. 672, note 2.

position adoptée, on aboutit toujours au même résultat, que le défaut de diligence soit considéré comme une faute (objective) ou comme un acte illicite.

Notons cependant que beaucoup de confusion existe à cet égard dans la doctrine du droit international. Au fond, si le défaut de diligence est en lui-même une notion objective, ce qui n'est pas douteux, il peut néanmoins se manifester sous une forme subjective, lorsque, dans un cas donné, l'Etat ne punit pas les coupables ou est négligent en le faisant, ou lorsqu'il ne fait pas ce qu'il faut pour empêcher la commission d'un acte dommageable.

Quoi qu'il en soit, ces quelques remarques font clairement apparaître que la théorie de la faute n'est pas d'une solidité à toute épreuve, surtout dans le domaine de la responsabilité internationale pour faute personnelle. Selon l'expression de La Pradelle et Politis, « la théorie des fautes apparaît, dans le droit international moderne, comme un véritable anachronisme » (33). Sans toutefois aller jusqu'à cette extrémité, bornons-nous à constater que la valeur explicative de l'idée de faute est nettement insuffisante dans le domaine de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents.

Certes, on peut quelquefois relever, à côté de la faute personnelle de l'agent, une faute à la charge de l'Etat, suffisante en elle-même pour engager la responsabilité de celui-ci; mais cette faute n'est pas toujours nécessaire. Dans bien des cas, ce régime de responsabilité internationale s'explique et se justifie fort bien sans qu'il soit besoin de faire appel à l'idée traditionnelle de la faute.

Faut-il alors faire appel, pour qualifier ce régime, à la notion de « responsabilité objective », dans le sens où l'expression a, par exemple, été utilisée par la Commission de conciliation franco-italienne, dans sa décision rendue le 1er mars 1952 concernant le différend I.V.E.M. (34) ? Peut-on dire qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute (du responsable) ? L'affirmative s'impose parfois. Dans quelques cas, en effet, la responsabilité internationale pour faute personnelle repose sur une considération purement objective : l'idée de garantie.

(33) Note doctrinale sous l'affaire de l'Alabama, R.A.I., tome II, p. 975.

(34) Rec. des décisions, fasc. 4, p. 50. Dans sa sentence relative à l'affaire J.-B. Caire, le surarbitre Verzijl voyait dans la responsabilité objective de l'Etat « une responsabilité pour les actes commis par ses fonctionnaires ou organes, qui peut lui incomber malgré l'absence de toute « faute » de sa part », Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 220.

Section II

LA GARANTIE DE L'ETAT

A côté de l'idée traditionnelle de la faute, qui ne peut jouer que dans certaines hypothèses et qui, de plus, est ici assez critiquable, il semble que l'on puisse parfois faire reposer la responsabilité internationale pour faute personnelle sur une base plus large : l'idée de garantie (35). Il est, en effet, possible d'affirmer que, dans certains cas, l'Etat se porte garant des fautes personnelles de ses agents, parce que, ayant donné à ces derniers la possibilité d'agir (légalement ou illégalement), il est normal qu'il supporte les risques de leur activité. Peut-on cependant prétendre que l'Etat couvre intégralement les risques créés par l'activité de ses agents ? Il ne le semble pas. Il ne suffit pas, en effet, de se placer uniquement du côté du responsable; il faut aussi envisager le point de vue de la victime, sujet actif de l'obligation de réparer qui incombe à l'Etat, sujet passif. Dans bien des cas, la garantie de l'Etat ne découle nullement de l'idée de risque, mais de pures considérations d'équité. Il convient donc d'envisager successivement ces deux points de vue.

§ 1. — Le point de vue du responsable : l'idée de risque.

Selon M. Charles Rousseau, la théorie du risque « peut seule expliquer la responsabilité internationale de l'Etat du fait d'actes accomplis par des fonctionnaires incompétents » (36). C'est sans doute aller un peu loin et donner une explication trop catégorique. Certes, bien des cas de responsabilité internationale pour faute personnelle peuvent, en définitive, s'expliquer par la théorie du risque. Il n'en reste pas moins que le risque ne constitue nullement la seule explication possible de la jurisprudence en ce domaine.

(35) « Il ne faut toutefois pas dire que le terme de garantie n'exprime rien d'autre que le fait qu'il s'agit d'une « responsabilité sans faute » (sans faute du responsable bien entendu) ; le terme de garantie contient quelque chose de plus que l'expression de responsabilité sans faute : l'idée d'un recours possible et normal du garant contre l'auteur de la faute dommageable », écrit M. René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, p. 261, note 1. Cette considération, valable en droit interne, n'est cependant pas à retenir ici, puisque l'action récursoire du garant (l'Etat) contre l'auteur de la faute personnelle (l'agent), si elle existe, n'apparaît jamais au plan international.

(36) Ch. Rousseau, *La responsabilité internationale*, Cours de droit, Paris, 1959-1960, p. 25.

Sous cette réserve, il est évidemment possible de faire reposer la responsabilité internationale pour faute personnelle sur l'idée d'une corrélation entre le risque et l'intérêt, au moins dans certains cas.

I. — La corrélation entre le risque et l'intérêt.

Lorsque, par suite d'une faute personnelle, un agent étatique a causé un dommage à un ressortissant étranger, on pourra prétendre que l'Etat est lui-même responsable parce que son agent était réputé agir pour le compte et dans l'intérêt de l'Etat. Retirant un certain profit de l'activité de son agent, l'Etat doit supporter les risques entraînés par cette activité.

On trouve quelques traces de cette idée dans la jurisprudence internationale et la pratique diplomatique.

Ainsi, dans l'affaire Callaghan, entre les Etats-Unis et le Mexique, tranchée le 11 avril 1839, le Gouvernement mexicain fut déclaré responsable pour s'être injustement enrichi par suite d'actes de fonctionnaires qui avaient outrepassé leur compétence, en retenant un navire américain à seule fin de percevoir illégalement des droits de douane (37). Ce précédent est toutefois trop ancien pour être vraiment décisif.

Cette idée devait également être invoquée par l'Attorney-General Cushing, dans une lettre adressée le 27 mai 1885, à l'ambassadeur du Pérou aux Etats-Unis lorsqu'il distinguait deux catégories de fonctionnaires dans la gestion des affaires publiques : « L'une, chargée de percevoir les recettes et d'administrer les biens publics, représente les intérêts domaniaux du gouvernement; l'autre catégorie comprend les agents de la souveraineté elle-même et le Gouvernement ne les nomme qu'en sa qualité de *parens patriae*. Et l'Attorney-General estimait que l'Etat était seulement responsable, au plan international, des fautes personnelles des fonctionnaires de la première catégorie, « ces actes étant accomplis dans l'intérêt immédiat du gouvernement » (38).

Il semble cependant que ce soit là des cas d'application pratique très isolés. Aussi ne peut-on pas se borner à expliquer la responsabilité internationale pour faute personnelle par les avantages que l'Etat retire de l'activité de ses agents. L'idée d'une corrélation entre le risque et l'intérêt est insuffisante. Il ne suffit pas d'affirmer : *Ubi emolumentum, ibis onus*. De plus, le terme intérêt doit être entendu dans le sens le plus large. Il ne recouvre pas seulement l'idée d'un bénéfice pécuniaire ou d'un avantage économique quelconque. C'est pourquoi

(37) Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 4346. Voir également l'affaire Forrest (Etats-Unis-Vénézuela), Ralston, *International arbitral law*, p. 227.

(38) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 740-741.

certaines décisions arbitrales ont fait appel, pour fonder la responsabilité internationale de l'Etat, à ce qu'on peut appeler le « risque objectif », en ce sens que le risque que l'Etat devrait couvrir est alors envisagé en dehors de toute idée de profit.

II. — Le risque objectif.

A. — *Le principe.*

Dans cette optique, l'Etat est amené à couvrir le risque de faute personnelle, non pas en fonction de l'intérêt qu'il retire de l'activité de ses agents, mais parce qu'il apparaît comme une sorte d'assureur d'un certain risque étatique : il joue le rôle d'assureur des conséquences dommageables des actes de ses agents. Chaque Etat se trouve, en quelque sorte, dans la nécessité de garantir les autres « contre les dangers que sa propre organisation interne, à l'égard de laquelle il jouit de la plus grande liberté, pourrait présenter pour eux » (39).

C'était l'idée que le Doyen Duguit mettait en lumière, en droit public interne, lorsqu'il prétendait qu' « on ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale » (40). En effet, « l'Etat est, en quelque sorte, assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'Etat. La responsabilité de celui-ci est toujours fondée sur cette idée, même quand il y a faute de ses agents (41) : si l'Etat est alors responsable, ce n'est pas parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout le risque social » (42).

La conception de Duguit devait être reprise et transposée en droit international par Georges Scelle, selon qui « la responsabilité pour risques est un principe de solidarité sociale puisqu'il équivaut, en fait, à une assurance ». Pour Georges Scelle, en effet, « si une administration étatique se trouve dans l'impossibilité d'assurer une protection normale à l'activité internationale et la garantie des risques qu'elle engendre, c'est qu'on se trouve en présence d'une collectivité mineure, qui doit être confiée à la tutelle de gouvernants internationaux. Elle

(39) Anzilotti, *Cours de droit international*, p. 471. Voir également Ch. de Visscher : « L'Etat est responsable ici parce qu'il exerce la puissance publique dans les limites de son territoire. Il répond donc de plein droit de l'usage que font de cette puissance publique les fonctionnaires et agents qui sont à son service », R.D.I.L.C., 1927, p. 253.

(40) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, p. 469.

(41) Nous dirions : surtout quand il y a faute personnelle de la part d'un de ses agents.

(42) Duguit, *op. cit.*, p. 470.

ne saurait y échapper qu'en assurant la garantie objective des risques. Le principe de la responsabilité objective doit s'étendre à l'exercice de toutes les fonctions sociales : administratives, judiciaires, gouvernementales, législatives » (43).

D'autres auteurs ont également mis l'accent sur cette notion de risque. Ainsi, pour M. Sibert, « l'entreprise étatique doit supporter vis-à-vis de tous, nationaux et étrangers, les risques de son activité » (44). Pourtant, l'auteur ne semble pas partisan d'une application de la théorie du risque lorsque l'agent commet un acte détachable de sa fonction, alors que ce serait précisément en ce cas qu'elle semblerait surtout appelée à jouer un rôle.

Telle est bien, en effet, la solution retenue par quelques sentences arbitrales, qui ont fait appel à l'idée de risque pour fonder la responsabilité internationale de l'Etat, bien que le recours à la théorie du risque soit assez rare dans la jurisprudence internationale.

B. — *L'application du principe.*

En matière de responsabilité pour actes étatiques, on ne peut guère citer que la décision arbitrale rendue le 29 juillet 1880 par la Cour de cassation française, dans l'affaire du « Phare », entre la France et le Nicaragua, bien qu'elle ne se réfère pas expressément à la notion de risque. L'affaire avait pour objet une confiscation d'armes, à bord d'un navire français, par les autorités du Nicaragua. La Cour de cassation devait constater que « si le Gouvernement du Nicaragua s'est déterminé à ordonner la mesure dommageable, il apparaît nettement... que c'est dans un but purement politique, dans une pensée de conservation sociale, en vue d'éviter que les armes saisies tombassent aux mains du parti révolutionnaire dont le Gouvernement se préoccupait alors de déjouer les manœuvres et les projets; que si, prises dans telles conditions, les mesures de cette nature constituent des actes de légitime défense, il reste cependant qu'elles ne sauraient être accomplies que sous la responsabilité du Gouvernement qui a cru devoir les prendre et sous l'obligation de réparer vis-à-vis de ceux qui en sont victimes le dommage qu'elles ont pu causer » (45). La solution retenue par cette sentence s'expliquait fort bien par l'idée de risque, dans la mesure où l'arbitre estimait que la saisie incriminée, sans représenter une faute de l'Etat en cause, se justifiait par un but de conservation sociale, mais avait été accomplie au risque du Gouvernement. Le Nicaragua était parfaitement en droit, vu les circonstances, de procéder à cette saisie; dès lors

(43) G. Scelle, *Précis de droit des gens*, tome I, p. 470.
(44) M. Sibert, *Traité de droit international public*, tome I, p. 315.
(45) La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 227.

que la mesure portait atteinte aux droits d'étrangers, il devait cependant en réparer les conséquences dommageables.

En matière de responsabilité internationale pour faute personnelle, on peut citer quelques rares exemples probants en faveur de la théorie du risque.

Ainsi, après la première guerre mondiale, le tribunal arbitral anglo-américain eût à connaître d'un certain nombre de saisies et de perquisitions effectuées illégalement à bord de navires britanniques par des agents américains. A l'occasion de ces espèces, le tribunal eut parfois recours à l'idée de risque. Dans l'affaire « Coquitlam », en particulier, le tribunal estima que l'application des règlements maritimes en l'espèce « était faite par les autorités navales des Etats-Unis au risque de leur gouvernement » (46). Bien que ce ne fût pas expressément précisé dans le texte des sentences, il fallait sans doute voir encore une application de la théorie du risque dans les affaires « Jessie » (47) et « Wanderer » (48).

La Commission mixte Etats-Unis - Mexique devait également fonder la responsabilité internationale du gouvernement mexicain sur l'idée de risque dans la sentence qu'elle rendit le 16 novembre 1926 dans l'affaire Quintanilla (49). Toutefois, la sentence la plus explicite qu'elle rendit en ce sens fut encore celle du 18 octobre 1928 concernant l'affaire William T. Way, où elle fit état du « principe légitime selon lequel, lorsqu'une inconduite de la part d'individus chargés de fonctions gouvernementales, quelle que puisse être leur situation précise en droit interne, se traduit par un manquement de l'Etat à ses obligations internationales, la faute commise par de tels individus est un risque dont l'Etat doit supporter la responsabilité » (50).

C. — *Appréciation critique.*

Il faut cependant reconnaître que la Commission mixte Etats-Unis - Mexique ne s'est appuyée sur l'idée de risque que dans des cas très peu nombreux. Or, elle est parmi les tribunaux internationaux les plus importants. Il apparaît donc que la jurisprudence internationale hésite à faire appel à la théorie du risque, même dans les hypothèses où cette théorie trouverait le mieux à s'appliquer : en cas

(46) NIELSEN, *Report*, p. 447 ; R.S.A., vol. VI, p. 45 ; A.J.I.L., 1921, p. 301.
(47) NIELSEN, *Report*, p. 479 ; R.S.A., vol. VI, p. 57 ; A.J.I.L., 1922, p. 114.
(48) NIELSEN, *Report*, p. 459 ; R.S.A., vol. VI, p. 68 ; A.J.I.L., 1922, p. 305.
(49) Opinions of Commissionners, 1927, pp. 136-140 ; R.S.A., vol. IV, p. 101 ; A.D., 1925-1926, p. 224.
(50) Opinions of Commissionners, 1929, p. 94 ; R.S.A., vol. IV, p. 391, HACKWORTH, *Digest*, vol. V, p. 589.

de responsabilité internationale de l'Etat à raison de fautes personnelles de ses agents.

Certes, la logique voudrait que l'on fît appel à la notion de risque en pareil cas. On ne saurait cependant confondre ce qui peut satisfaire l'esprit et ce qui est vraiment, dans la réalité. On ne peut guère ici que souhaiter que la jurisprudence internationale en arrive à reconnaître l'obligation pour l'Etat de couvrir le risque de faute personnelle, auquel il expose les étrangers en fournissant à ses agents l'occasion ou les moyens de commettre ces fautes personnelles. Ce risque ne pourrait cependant pas être couvert à cent-pour-cent. En effet, nous avons déjà noté qu'il y avait, en définitive, trois types de faute personnelle. Dans l'un de ces trois cas, l'Etat ne serait pas, en principe, responsable : lorsque l'on se trouve en présence d'un acte purement privé, non susceptible de se rattacher, en quelque façon, à la fonction de l'agent qui l'a accompli. Il ne saurait donc être question de prétendre, comme le faisait M. Charles de Visscher, que l'Etat doit « assumer toutes les conséquences, disons mieux tous les risques de son activité » (51).

Sous cette réserve, l'Etat se porterait garant, vis-à-vis des autres sujets du droit international, non seulement du comportement de ses agents au cours de leurs fonctions, mais parfois aussi de leur attitude en dehors du service. Dès lors que le risque viendrait à se réaliser, la garantie de l'Etat devrait pouvoir jouer. En outre, plus serait grand le risque de faute personnelle, plus devrait être affirmée la garantie de l'Etat en cause (52).

Il serait alors possible d'affirmer qu'en cas de faute personnelle d'un agent étatique, « la responsabilité de l'Etat est ici purement objective : elle naît directement de l'acte même du fonctionnaire ou de l'agent » (53). On se trouverait donc en présence d'une responsabilité de nature causale. On ne peut cependant affirmer que la jurisprudence internationale soit en ce sens.

De plus, la garantie dont pourrait ainsi bénéficier l'individu réclamant ne serait pas absolue. L'étranger victime d'un dommage causé par un agent étatique, à la suite d'une faute personnelle, ne serait pas nécessairement indemnisé dans tous les cas. En effet, si l'on se place du côté de la victime, on s'aperçoit aisément que la garantie de l'Etat, lorsqu'elle est invoquée, n'est généralement appelée à jouer que dans la mesure exigée par l'équité. L'idée de garantie, sur laquelle

(51) Ch. de Visscher, *La responsabilité internationale*, p. 92.

(52) Nous verrons notamment que, selon la fonction exercée par l'agent coupable de faute personnelle, la garantie de l'Etat pourra être plus ou moins facilement invoquée.

(53) Ch. de Visscher, *La responsabilité internationale*, p. 91.

on fait reposer la responsabilité internationale pour faute personnelle, ne résulte pas alors du risque, mais de l'équité.

§ 2. — Le point de vue de la victime : l'équité.

De plus en plus, le droit international reconnaît à l'individu, en tant que personne, un droit individuel à la sécurité. L'article 3 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, prévoit ainsi que « tout individu a droit ... à la sûreté de sa personne ». Ce droit se trouve également affirmé par l'article 5, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome, le 4 novembre 1950. Ce droit à la sécurité ne concerne pas seulement la personne de l'individu, mais aussi ses biens. C'est en ce sens qu'un des Comités de l'organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.) a élaboré en 1962, comme suite aux instructions données par le Conseil de l'organisation européenne de coopération économique (O.E.C.E.) en avril 1960, un projet de convention sur la protection des biens étrangers (54). Aux termes de l'article 1er, paragraphe *a*), « chacune des parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres parties. Sur son territoire, chacune des parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens et n'entravera en aucune façon leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation par des mesures injustifiées ou discriminatoires... ».

Tout individu a donc droit à la sécurité de sa personne et de ses biens. Dès lors, toute violation illégale de ce droit constitue un dommage causé sans droit, par hypothèse, c'est-à-dire une injustice. Les Etats ont l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits des individus étrangers et à la sécurité de leur personne et de leurs biens.

M. Charles de Visscher voyait même là « l'intérêt primordial qui, au-delà et au-dessus des droits et des devoirs réciproques des Etats, au-dessus donc et en dehors des conceptions traditionnelles du droit international, apparaît comme la justification définitive de la responsabilité entre Etats ... : le respect dû à la personnalité humaine, la sauvegarde des droits de l'homme » (55).

Les Etats doivent, en effet, respecter l'obligation, découlant du droit international coutumier, d'accorder aux ressortissants étrangers

(54) Cf. Publications de l'O.C.D.E., n° 15.636, décembre 1962.

(55) Ch. de Visscher, *Notes sur la responsabilité internationale*, R.D.I.L.C., 1927, p. 250. — Cf. également : A.-H. Roth, *The minimum standard of international law applied to aliens*, La Haye, 1949.

un traitement correspondant à un certain « standard » international, c'est-à-dire au niveau moyen généralement adopté par les Etats. « Le terme standard, estime encore M. Ch. de Visscher, implique qu'il s'agit moins ici d'une règle ferme aux contours nettement définis que d'un principe ou, mieux encore, d'une directive dont l'application peut dépendre d'éléments variables, particuliers à chaque espèce. » (56).

Notons aussi qu'à côté de ce droit à la sécurité, l'étranger a droit, comme le national, au fonctionnement régulier des services publics de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve. Dès le moment où ce droit ne sera pas respecté naîtra une obligation de réparation du préjudice subi, à la charge de l'Etat.

Une troisième considération est enfin à retenir. Si la victime avait seulement la possibilité de s'adresser au fonctionnaire coupable de faute personnelle, c'est-à-dire de mettre en œuvre la responsabilité personnelle de l'agent en cause, elle ne pourrait pas toujours obtenir réparation de l'auteur du fait dommageable; bien souvent, elle se heurterait en fait à l'insolvabilité de l'agent considéré. C'est pourquoi les raisons qui ont conduit certains droits internes à admettre parfois la responsabilité de la puissance publique pour les fautes personnelles des agents publics doivent être également avancées en droit international. L'Etat se porte alors garant, vis-à-vis des étrangers, des faits personnels de ses agents, quitte à se retourner ensuite contre ces derniers.

Ainsi, l'intérêt de la victime apparaît bien comme une justification essentielle des solutions consacrées par la pratique internationale en matière de responsabilité pour faute personnelle d'un agent étatique. Les exigences de l'équité commandent à l'Etat de se porter garant au plan international. C'est la raison pour laquelle M. Bourquin n'hésite pas à écrire : « Lorsqu'un fonctionnaire paraît agir en cette qualité, les étrangers auxquels il s'adresse ne sont point tenus de fouiller les lois et les règlements du pays pour vérifier si cette apparence correspond à la réalité juridique. Il serait vraiment excessif de le leur demander. Aussi a-t-il paru plus équitable d'admettre qu'en cette éventualité, l'Etat avait à supporter le risque d'une erreur » (57).

C'est donc au nom de l'équité et de la justice, dans le sens le plus élémentaire de ces termes, que l'intérêt de la victime est pris en considération. Et c'est en se fondant sur cet élément que l'on peut parfois mettre une obligation de garantie à la charge de l'Etat dont un agent a causé un dommage par suite de faute personnelle.

Mais il y a plus. Il est également indispensable de tenir compte du besoin impérieux de garantir et de préserver la sécurité des rela-

(56) Ch. de Visscher, *Principes du droit international public*, R.C.A.D.I., 1954-II, p. 508.

(57) M. Bourquin, R.C.A.D.I., 1931, p. 216.

tions internationales, dans l'intérêt même des membres de la société interétatique. Certes, cette société est encore, pour une très large part, empreinte d'individualisme. Il n'est cependant pas niable que le développement constant des rapports internationaux fait apparaître chaque jour davantage l'existence d'une solidarité de fait entre les différents membres de la société internationale. Cette idée permet, à elle seule, d'expliquer un certain nombre de pratiques qui se sont développées dans le domaine de la responsabilité internationale pour faute personnelle.

Section III

LES NECESSITES DE LA VIE INTERNATIONALE

Dans son rapport sur les réclamations britaniques dans la zone espagnole du Maroc, Max Huber déclarait : « La responsabilité est le corollaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale. » (58). C'était également ce qui ressortait des réponses au questionnaire du Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, puisque les Etats étaient tombés d'accord pour accepter « l'idée que l'obligation pour un Etat d'observer certaines règles de conduite à l'égard des autres Etats découle du fait que cet Etat participe à la Communauté internationale, laquelle constitue une communauté de droit : la responsabilité en cas de manquement à l'observation de ses règles est une conséquence de cette obligation » (59).

L'explication de la responsabilité internationale pour faute personnelle doit donc être également envisagée sous l'angle des obligations internationales qui sont à la charge des sujets du droit international. Philip Quincy Wright notait déjà que « l'aspect essentiel du droit international ne vient pas de ce qu'il édicte des règles de conduite pour les Etats, mais de ce qu'il rend les Etats responsables pour la conduite d'individus » (60). L'Etat est, en effet, autorisé à exercer un contrôle exclusif dans sa sphère propre. Cette juridiction territoriale exclusive de l'Etat, impliquée par sa souveraineté, « a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres Etats..., ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger » (61).

(58) R.S.A., vol. II, p. 642.

(59) Actes de la Conférence, S.D.N., 1929.V.3, p. 24.

(60) P.Q. Wright, *Enforcement of international law through municipal law in the United States, Urbana* (University of Illinois), 1916, p. 5.

(61) Sentence de Max Huber dans l'affaire de l'Ile de Palmas, R.S.A., vol. II, p. 839.

Cependant, les relations internationales n'auraient pas une base très solide ni très sûre si l'Etat pouvait se soustraire à ses obligations en invoquant le fait que l'agent a outrepassé ses pouvoirs selon le droit interne. En effet, le contrôle exclusif de l'Etat dans l'ordre interne comporte l'obligation pour lui d'empêcher, dans les limites de sa juridiction, la réalisation de tout acte incompatible avec les exigences de la vie internationale (62). Il est admis notamment que « le droit interne qui limite l'autorité des différents fonctionnaires n'est pas opposable aux autres Etats et la sécurité des relations internationales exige qu'un acte qui, par ses caractéristiques extrinsèques, est un acte de l'Etat, engage comme tel la responsabilité de celui-ci » (63).

En ce domaine, en effet, la responsabilité internationale de l'Etat ne sera bien souvent admise qu'à titre de convenance, en tant qu'expression de la courtoisie internationale. La *comitas gentium* permet alors de faciliter les rapports internationaux, en tenant en échec la maxime « *Summum jus, summa injuria* ». C'est ce qui explique que de nombreuses réclamations pécuniaires sont réglées à titre de courtoisie. Ainsi, en cas de dommages causés par des fautes personnelles d'agents étatiques, des indemnités sont quelquefois accordées à titre gracieux aux étrangers victimes des dommages. A cet égard, un certain nombre d'exemples révélateurs sont fournis par la jurisprudence du tribunal arbitral anglo-américain institué en vertu d'une convention du 18 août 1919. Notamment, les décisions rendues par cette instance arbitrale le 18 novembre 1920 dans les affaires Home Missionary Society (64) et Cadenhead (65) montrent qu'une réparation peut être accordée, bien qu'elle ne puisse pas être justifiée en droit. Dans ces deux espèces, en effet, le tribunal rejeta la réclamation au fond et recommanda une mesure gracieuse de réparation. La seule justification de cette solution résidait, à n'en pas douter, dans l'idée selon laquelle compte doit être tenu des nécessités de la vie internationale.

Ces exigences de l'ordre international sont très réelles. On les trouve même parfois expressément invoquées dans certaines sentences arbitrales. C'est ainsi que, tranchant l'affaire du « Kate and Anna » schooner américain qui avait été illégalement abordé en haute mer par le commandant d'un croiseur russe, M. Asser déclara notamment : « La partie défenderesse, conformément à son désir de maintenir en toute occasion des relations amicales avec le Gouvernement américain, s'est déclarée prête à se reconnaître obligée de donner une indemnité

(62) Cf. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilita dello stato nel diritto internazionale*, p. 120.
(63) Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats*, p. 69.
(64) Nielsen, *Report*, p. 421.
(65) Nielsen, *Report*, p. 505.

pour les pertes réelles qui ont été causées par le fait regrettable relatif au schooner « Kate and Anna » (66). Certes, pour admettre ici sa responsabilité, la Russie s'était bornée à invoquer les nécessités des relations particulières avec les Etats-Unis. Mais, de façon plus générale, il est également nécessaire de tenir compte de l'intérêt de la communauté internationale envisagée dans son ensemble (67).

Dans un cours professé à l'Académie de droit international en 1923, M. Charles de Visscher mettait l'accent sur cette nécessité, estimant que la responsabilité internationale se rattache, en fin de compte, à la reconnaissance mutuelle et à l'égalité des Etats : « Toutes les relations entre Etats naissent du fait initial de leur reconnaissance mutuelle. En se reconnaissant mutuellement comme souverains, les Etats se reconnaissent comme juridiquement égaux dans l'exercice de toutes les prérogatives inhérentes à cette souveraineté : les relations futures qui dériveront de cette reconnaissance s'établiront donc sur la base d'une parfaite réciprocité de droits et de devoirs. La responsabilité des Etats est donc dans l'ordre international le corollaire obligé de leur égalité. Si la reconnaissance mutuelle de leur souveraineté implique pour chacun d'eux la liberté d'action qui lui est nécessaire dans la poursuite de ses fins propres, elle lui assigne en revanche les restrictions imposées par la coexistence d'autres Etats dont les droits sont égaux aux siens. Une fois reconnu par la communauté internationale, l'Etat, désormais personne du droit international, sujet de droits et d'obligations, apparaît comme capable d'enfreindre le droit international et d'assumer de ce chef des responsabilités. » Et l'ancien juge à la Cour internationale de justice concluait : « Tel est le fondement de la responsabilité internationale des Etats : elle remonte, on le voit, aux relations premières entre Etats. » (68).

*
**

La faute étatique, l'idée de garantie reposant sur le risque ou sur l'équité, les nécessités de la vie internationale, telles sont les trois

(66) R.S.A., vol. IX, p. 78. Voir également la sentence de M. Asser dans l'affaire du « Cape Horn Pigeon », du 29 novembre 1902, concernant la saisie en haute mer d'un navire baleinier américain par un croiseur russe : « la Partie défenderesse a reconnu que dans ce cas c'est à tort que l'officier de marine avait soupçonné le « Cape Horn Pigeon » de s'être livré à une chasse illicite et que par conséquent le Gouvernement Impérial, reconnaissant sa responsabilité, a offert de payer une indemnité pécuniaire pour les pertes réelles causées aux ressortissants étrangers par les actes de ses organes » ; R.S.A., vol. IX, p. 6.

(67) Cf. F.S. DUNN, *The protection of nationals*, 1932, pp. 191-192.

(68) Cf. de VISSCHER, *La responsabilité internationale*, p. 90. Notons que Clyde Eagleton se rapproche également de cette idée qui fait remonter la notion de responsabilité aux origines lointaines des droits et devoirs considérés comme fondamentaux à l'humanité, *The Responsibility of states*, p. 16.

idées permettant d'expliquer la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents. Aussi, on ne peut pas dire que la responsabilité internationale de l'Etat, pour une conduite d'un agent public contraire à la fois au droit interne et au droit international, s'établit sur un fondement autonome en dehors de tout appel à l'idée traditionnelle de la faute (69). La jurisprudence ne permet pas de s'avancer jusque là. Certes, on rencontre un certain nombre de décisions où il n'est fait aucunement appel à l'idée de faute. Il n'en demeure cependant pas moins que, dans diverses hypothèses, la faute peut encore servir de fondement.

En réalité, il y a des fondements multiples de la responsabilité internationale pour faute personnelle. C'est ce qui explique, semble-t-il, le caractère nuancé du régime juridique de la responsabilité internationale de l'Etat à raison des fautes personnelles de ses agents.

(69) Voir par exemple, Ch. ROUSSEAU, *La responsabilité internationale*, Cours de droit, 1959-1960, p. 30.

DEUXIEME PARTIE

LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS

Il ne suffit pas d'affirmer le principe de la responsabilité pour faute personnelle en droit international public. Encore faut-il chercher comment peut être mise en œuvre cette responsabilité. Autrement dit, il est nécessaire de montrer selon quelle technique juridique l'Etat est rendu responsable, dans l'ordre international, des fautes personnelles de ses agents. C'est pourquoi nous envisagerons d'abord *les conditions d'imputation de la faute personnelle à l'Etat.*

Toutefois, s'il s'agit là du problème le plus intéressant du point de vue de la victime du dommage, puisque c'est de sa solution que dépend, en définitive, la possibilité d'obtenir réparation, on ne saurait perdre de vue que l'intérêt de l'Etat, dont relève l'agent auteur de la faute personnelle, est de chercher à atténuer sa responsabilité internationale, voire même à montrer qu'il ne peut pas être rendu responsable. Pourtant, il n'est pas seulement question de prendre en considération les intérêts en présence et de les confronter. L'optique dans laquelle nous nous plaçons étant et devant rester scientifique, nous ne saurions passer sous silence un autre aspect du problème de la responsabilité internationale de l'Etat à raison de fautes personnelles commises par ses agents; n'y a-t-il pas des circonstances conduisant égale-

ment à une aggravation de la responsabilité, sous le rapport de son admission ? Aussi, nous efforcerons-nous de déterminer les *circonstances susceptibles d'aggraver ou d'atténuer la responsabilité* internationale de l'Etat.

TITRE PREMIER

LES CONDITIONS D'IMPUTATION DE LA FAUTE PERSONNELLE A L'ETAT

Imputer signifie attribuer un acte à un sujet de droit qui en est regardé comme la cause et en rendre ce sujet de droit responsable. Sur le terrain du droit international, l'Etat est normalement le sujet de l'imputation. C'est, en effet, à l'Etat que le droit international impose des obligations. L'Etat doit donc être tenu pour seul responsable, dans l'ordre international, de ses actions ou omissions (1). Pour reprendre la formule d'Anzilotti, « l'imputabilité, au point de vue du droit international, n'est pas autre chose que la conséquence du rapport de causalité qui existe entre un fait contraire au droit des gens et l'activité de l'Etat dont ce fait émane » (2).

Nous avons déjà noté que l'activité étatique se réduit, en définitive, à l'activité de certains individus dûment autorisés par la loi de l'Etat. Tout fait contraire au droit international commis par un agent de l'Etat, en cette qualité, est réputé une violation du droit international commise par l'Etat lui-même. L'imputation à l'Etat de l'acte de l'agent se fait alors sur la base de sa régularité fonctionnelle. L'Etat en est rendu responsable, parce qu'il en est considéré comme la cause directe. Il y a un lien de causalité entre le préjudice allégué et la faute ou l'acte illicite reproché à l'Etat. C'est en ce sens qu'une décision arbitrale du 30 juin 1930, concernant la responsabilité de l'Allemagne en raison d'actes commis dans les colonies portu-

(1) Cf. Starke, *Imputability of international delinquencies*, B.Y.B., 1938, p. 104 et suiv.

(2) Anzilotti, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, R.G.D.I.P., 1906, p. 291.

gaises d'Afrique, faisait mention de « la règle fondamentale qui, dans toute action en responsabilité, exige un rapport de cause à effet entre l'acte incriminé et le dommage » (3).

Ce lien de causalité n'existe plus lorsque le dommage a été causé par les individus. Les actes dommageables commis par de simples particuliers qui n'ont reçu de leur gouvernement aucune investiture officielle, ne peuvent, en principe, entraîner la responsabilité internationale de l'Etat. Telle est la règle affirmée à maintes reprises par la jurisprudence internationale depuis la sentence Cotesworth and Powell de 1875 (4). Cependant, l'Etat peut parfois se voir imputer des actes purement privés commis par de simples particuliers et en être responsable. Dans cette hypothèse, on ne peut plus dire que l'Etat soit directement en cause. Tou au plus, peut-on prétendre que l'Etat a pu être la cause indirecte de l'acte dommageable.

En est-il de même lorsque l'acte dommageable est constitué par un fait personnel d'un agent étatique ?

Nous avons vu que c'est l'ordre juridique étatique qui détermine les conditions auxquelles un individu agit en qualité d'agent étatique. A cette occasion, nous avons également relevé que le droit international était à même de vérifier cette qualification faite souverainement par le droit interne. Il en résulte que le droit international, concurremment avec le droit interne, fixe les règles suivant lesquelles certains actes juridiques peuvent être imputés à l'Etat.

Toutefois, si l'intervention du droit international n'est pas niable en ce domaine, son action propre est assez peu marquée, pour cette simple raison que les ordres juridiques étatiques sont mieux organisés et plus perfectionnés, donc plus efficaces, que l'ordre juridique de la société internationale, au sein de laquelle évoluent les Etats. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'actes juridiques qui, au regard du droit interne, ne sont pas des actes réguliers, il semble normal que le droit international puisse intervenir avec plus d'autorité et de vigueur. Quand un agent étatique commet une faute personnelle et lèse par là les droits d'un étranger, un tel acte peut avoir, au regard du droit international, les mêmes effets juridiques qu'un acte régulier et directement imputable à l'Etat.

Certes, l'intervention du droit international a ici pour effet de porter atteinte au droit propre reconnu aux Etats d'aménager souverainement leur ordre juridique interne. Mais l'action du droit international poursuit en réalité un autre but. Elle vise à limiter les effets, vis-à-vis des tiers, de certaines activités qui sont, elles, directement imputables

(3) R.S.A., vol. II, p. 1040.

(4) R.A.I., tome III, p. 725. Pour la jurisprudence postérieure, cf. L. CAVARE, *Le droit international public positif*, tome II, pp. 417-421.

à un milieu dont les Etats sont responsables. Le droit international ne saurait, en effet, négliger totalement ce qui se passe à l'intérieur des sociétés étatiques, surtout lorsque certaines conséquences se font sentir dans l'ordre interétatique.

C'est donc le droit international et non le droit interne qui impute aux Etats tous les actes accomplis par leurs agents. L'imputation est toujours l'effet de l'ordre international, parce que, en tant qu'opération juridique, elle ne peut avoir lieu, dans un certain ordre juridique, qu'en vertu des règles de ce même ordre juridique. Autrement dit, dès lors que le droit international qualifie un acte d'acte étatique et lui confère, à ce titre, certains effets dans l'ordre juridique international, c'est au droit international qu'il appartient d'imputer cet acte à l'Etat envisagé en tant que membre de la société régie par ce droit; car il ne saurait être question de permettre au droit interne d'imputer à l'Etat un acte qualifié d'étatique par le droit international (5). Le droit des gens peut ainsi de façon autonome, décider d'attribuer à l'Etat tous les actes qui apparaissent, directement ou indirectement, comme des conséquences effectives de l'activité étatique.

Ce caractère autonome de l'imputation réalisée par le droit international est très nettement marqué quand il s'agit de fautes personnelles commises par des agents de l'Etat. Le droit international obligera l'Etat à réparer les conséquences dommageables d'une faute personnelle, lorsque celle-ci aura été commise par un agent étatique dans l'exercice apparent de sa fonction, ou même simplement à l'occasion de sa fonction. Si l'agent a paru agir en sa qualité de représentant de l'Etat, on dira que la faute est imputable à l'Etat au plan international, alors même que le droit interne n'aurait aucune possibilité de procéder à la même opération (6).

C'est donc avec raison que M. Charles de Visscher pouvait écrire que l'Etat est internationalement responsable « lorsque l'acte dommageable a été commis à la faveur soit de l'autorité, soit de la force matérielle que l'agent coupable tient de ses fonctions. Peu importe, à notre avis, que l'agent ait été inspiré par un « intérêt de fonction » ou qu'il ait obéi à des mobiles personnels. Peu importe encore qu'il se soit autorisé ou non de sa qualité officielle. Il suffit, pour qu'il y ait responsabilité internationale, que l'agent coupable ait abusé de

(5) Cf. Roberto Ago, *Le délit international*, R.C.A.D.I., 1939-II, pp. 461-462.

(6) « Pour que l'Etat soit responsable, écrit M. Robert Redslob, il faut que l'organe, en agissant, reste dans le cadre *générique* des attributions qui lui appartiennent... Il n'est pas nécessaire que l'acte s'inscrive dans le cadre de sa véritable compétence, juridiquement délimitée ; il suffit que l'acte porte sur des objets de nature similaire et qu'il y ait de la sorte *apparence* de qualification... Il faut, en un mot, qu'il y ait habilitation *in abstracto* », Traité de droit des gens, 1950, p. 231.

l'autorité ou de la force matérielle dont il disposait en vertu de son caractère officiel » (7). De même, pour M. A. Freeman, « lorsqu'un agent d'un Etat agissant en cette qualité, sous l'apparente autorité de sa fonction, commet un acte fautif (« tortious or criminal ») cet acte devient acte de son Etat » (8).

Il résulte, en effet, de la pratique internationale que la faute personnelle d'un agent étatique est imputable à l'Etat, lorsqu'elle a été commise dans les limites, réelles ou simplement apparentes, de la fonction de l'agent. En pareil cas, il existe, au moins en apparence, un lien de causalité entre le dommage et l'activité étatique, puisque l'acte dommageable (faute personnelle) est intervenu alors que l'agent était réputé agir au nom de l'Etat.

D'autre part, lorsque l'acte dommageable a été commis par l'agent en dehors des limites, même apparentes, de sa fonction, l'Etat peut encore en être rendu responsable dans l'ordre international, si l'agent s'est servi des moyens de la fonction pour commettre l'acte en question. Dans cette seconde hypothèse, le lien de causalité existe encore, bien que dans une plus faible mesure.

Il apparaît ainsi que la responsabilité internationale de l'Etat pourra être engagée lorsque la faute personnelle aura été commise *dans les limites apparentes de la fonction,* ou lorsque la faute personnelle aura été commise *avec les moyens de la fonction.*

(7) Ch. de VISSCHER, *Notes sur la responsabilité internationale et la protection diplomatique d'après quelques documents récents,* R.D.I.L.C., 1927, p. 253.

(8) A. V. FREEMAN, *Responsibility of states for unlawful acts of their armed forces,* R.C.A.D.I., 1955-II, p. 290.

CHAPITRE PREMIER

La faute personnelle commise dans les limites apparentes de la fonction.

Pour que l'Etat puisse être rendu responsable de l'acte dommageable d'un de ses agents, il faut qu'il y ait véritablement un lien entre le répondant (l'Etat) et l'auteur du fait dommageable (l'agent). Lorsque le fait dommageable est constitué par une faute personnelle, il est également nécessaire qu'il existe un rapport entre la fonction et cette faute personnelle. Il faut que la faute elle-même se trouve liée à l'Etat. Elle semble l'être de façon indirecte. C'est sans doute ce qui a conduit une partie de la doctrine à affirmer que la responsabilité encourue par l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents serait une responsabilité indirecte, assez analogue, au fond, à celle que l'Etat encourt pour les actes de particuliers. Ce serait une « *vicarious responsibility* », par opposition à l' « *original responsibility* » (1). Cependant, cette soi-disant responsabilité indirecte n'est en réalité qu'une responsabilité pour des omissions directement imputables aux organes étatiques. Mieux vaut donc l'écarter ici.

On a également prétendu qu'on se trouvait en présence d'une sorte de responsabilité pour autrui; car l'action et la volonté de l'auteur d'une faute personnelle n'étant, en fait, que l'action et la volonté d'un simple particulier, le droit international ne pourrait pas imputer un tort à l'Etat, mais seulement lui en faire supporter les conséquences (2). Et l'on en est alors arrivé à déclarer que la pratique des

(1) Oppenheim-Lauterpacht, *International law*, vol. II, p. 289 et suiv. Voir également Hans Kelsen, *Collective and individual responsibility for acts of state in international law*, J.Y.B., 1948, p. 226.

(2) Cf. Jess, *Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 1923, p. 12.

Etats est peut-être équitable, mais qu'elle n'en reste pas moins illogique.

Aussi convient-il de noter, avec M. Roberto Ago, que « l'erreur de toute cette doctrine est de croire que, selon la règle, l'ordre juridique international ne pourrait imputer un fait illicite à l'Etat-sujet du droit international que si le fait matériel ainsi qualifié est en même temps imputé directement comme fait juridique licite et valable à l'Etat-sujet du droit interne par l'ordre juridique interne » (3). En effet, l'imputation réalisée par le droit international l'est de façon tout à fait autonome.

Il faut sans doute y ajouter que le défaut d'une grande partie de la doctrine du droit international en ce domaine a été de vouloir édifier une belle construction juridique, sans trop tenir compte de la pratique internationale, de ses exigences et de ses manifestations. Or, un examen minutieux de la jurisprudence révèle que l'imputation à l'Etat des fautes personnelles de ses agents est généralement réalisée sur la base d'une notion que la théorie du droit international semble avoir presque totalement délaissée : la notion d'apparence.

Il sera donc nécessaire d'approfondir cette notion. Toutefois, il convient au préalable de rechercher quel lien peut rattacher la faute personnelle à l'Etat; car c'est en fonction de ce lien qu'il pourra être fait appel à l'apparence.

Dès qu'un rapport suffisant sera établi entre la faute personnelle et la fonction de l'agent, le critère de l'apparence de fonction permettra de déclarer l'Etat internationalement responsable.

Section I

LE RAPPORT ENTRE LA FAUTE PERSONNELLE ET LA FONCTION

« L'incompétence, l'excès de pouvoir, les prescriptions du droit interne concernant la répartition des fonctions ne peuvent entrer en ligne de compte ici : ce qui est décisif, c'est le lien qui unit l'agent coupable à l'Etat qui lui a confié l'autorité ou la force matérielle dont il a abusé. » (4).

Pour que l'Etat puisse répondre de la faute de son agent, il faut logiquement que celui-ci ait commis cette faute dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions. Il est, en effet, nécessaire de distinguer ces deux hypothèses. L'agent étatique peut être l'auteur d'un dommage

(3) R. Ago, *Le délit international*, R.C.A.D.I., 1939-II, p. 471.
(4) Ch. de Visscher, R.D.I.L.C., 1927, p. 254.

en remplissant de façon défectueuse les devoirs du service dont il est chargé. Mais il peut aussi causer un dommage à un étranger à l'occasion de l'exercice de sa fonction, qu'il détourne de son but normal, en abusant des pouvoirs mis à sa disposition. Dans le premier cas, il peut ne pas faire de doute que l'acte dommageable pourra être imputable à l'Etat. Dans le second cas, une semblable imputation ne pourra être réalisée que s'il y a un rapport au moins apparent entre l'acte de l'agent et la fonction elle-même.

L'exigence d'un certain rapport entre l'acte dommageable et la fonction a été affirmée à maintes reprises par la jurisprudence internationale. L'arbitre Verzijl notamment, rendant sa sentence dans l'affaire J.-B. Caire, le déclarait expressément : l'Etat n'est pas responsable « dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte de particulier » (5).

La pratique diplomatique est également dans le même sens. Ainsi dans la note qu'il adressait le 9 janvier 1929 en réponse au questionnaire dressé par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, le Gouvernement australien adoptait une position identique : « l'Etat n'est pas responsable des actes ou omissions de fonctionnaires lorsque ces actes ou omissions n'ont eu aucun rapport avec leurs fonctions officielles » (6). La même formule était contenue dans la note belge du 12 mars 1929 (7).

Cette solution est conforme au principe général de droit positif qui exige un lien de causalité entre le dommage allégué et l'activité étatique.

Il importe donc de rechercher en quoi consiste ce rapport que l'on exige entre la faute personnelle et la fonction de l'agent. Ce pourra être un rapport de temps ou un rapport de but.

§ 1. — Rapport de temps.

Un agent étatique qui se voit confier une fonction par son gouvernement n'est pas toujours pris par les besoins de la fonction. Celle-ci ne le retient pas tout le temps. L'agent a des heures de service à assurer. En dehors de ce temps qu'il doit consacrer à l'Etat, durant lequel il est réputé « en service », il peut se trouver soit en repos, soit en congé, soit en disponibilité, soit dans une autre situation qu'il appartient au droit interne de préciser. Mais, au regard du droit international, l'agent étatique est soit en service, soit hors service.

(5) Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 222.
(6) Actes de la Conférence, S.D.N., 1929.V.3, p. 164.
(7) *Ibid.*, p. 181.

Certes, le point de savoir quand un agent de l'Etat est en service ou hors service peut être parfois assez délicat à trancher. Cependant, il est un point de repère auquel l'on s'arrête généralement.

Un agent prend son service à une heure donnée et quitte ce service à une heure également déterminée. Le temps qui s'écoule entre ces deux limites sera le temps du service. Toute faute d'un agent est, d'autre part, commise à un moment déterminé. Le moment de sa commission peut donc être repéré très précisément à l'horloge.

Si l'agent a commis une faute personnelle dans le temps du service, il y a un premier élément qui rattache la faute à l'Etat. Lorsqu'un agent commet une faute personnelle pendant la période de temps où il exerce effectivement son activité, on est fondé à considérer qu'il agit dans les limites de sa fonction. En effet, durant ce laps de temps, l'agent est censé se consacrer entièrement et exclusivement à sa fonction. Tous ses actes sont alors présumés être des actes étatiques. En conséquence, l'Etat peut en être déclaré responsable.

Tous les actes d'un agent se trouvent, en effet, plus ou moins « officialisés » pendant le temps où il se trouve en service. C'est ce que devait estimer la Commission générale des réclamations américano-mexicaine en 1926, dans l'affaire Youmans, lorsqu'elle se refusa à considérer comme un acte de particuliers le meurtre commis par des soldats, « alors qu'au moment de la commission de cet acte les hommes étaient en service et sous le commandement d'un officier » (8). L'existence d'un rapport de temps entre la faute personnelle et la fonction est, en effet, manifeste pour les militaires qui se trouvent sous le commandement et l'autorité directe d'un officier.

Inversement, il résulte de l'affaire Mrs Arthur Jones, entre les Etats-Unis et la République dominicaine, qu'une faute personnelle qui n'a pas été commise pendant le temps du service ne saurait engager la responsabilité de l'Etat. Il s'agissait, en l'espèce, d'un accident d'automobile causé par des élèves-officiers de l'armée dominicaine se trouvant à bord d'un véhicule militaire, accident dans lequel un ressortissant américain avait trouvé la mort. Après avoir relevé qu' « aucun des occupants du véhicule officiel ne se trouvait en service au moment de l'accident », le Département d'Etat refusa de porter la réclamation sur le plan diplomatique (9).

Par conséquent, si la faute personnelle a été accomplie en dehors du temps où l'agent est normalement en service, on ne peut plus dire qu'il existe un « lien temporel » entre elle et la fonction. En ce cas, l'Etat pourra n'être pas déclaré responsable selon le droit international.

(8) A.J.I.L., 1927, p. 571.
(9) WHITEMAN, *Damages*, vol. I, p. 658.

L'agent se comporte alors, en effet, comme un simple particulier. Ses actes ne sont plus directement imputables à l'Etat; ils perdent apparemment tout lien de rattachement avec la fonction. C'est donc que « tout acte d'un agent n'engage pas la responsabilité du gouvernement », selon la formule de la Commission Etats-Unis-Mexique (10).

Cependant, l'Etat peut, dans certains cas, être rendu responsable des dommages causés par ses agents au cours d'une période de congé ou, plus généralement, quand ils se trouvent hors service. Ainsi, l'Etat doit parfois répondre des dommages causés par des militaires en permission. Mais l'imputation à l'Etat n'est plus faite alors, bien évidemment, sur la base du lien temporel entre l'acte et la fonction. Aussi écarterons-nous, pour le moment, cette hypothèse.

D'un autre côté, toutes les fautes personnelles commises par un agent étatique dans le temps du service entraînent-elles une responsabilité internationale ? On peut, semble-t-il, répondre par l'affirmative, surtout lorsque l'agent a agi en ayant rempli les devoirs de sa charge.

§ 2. — Rapport de but.

Afin d'imputer à l'Etat la faute personnelle commise par l'un de ses agents pendant le temps de la fonction, faut-il que l'agent ait agi avec l'intention de remplir réellement sa mission ? C'est la solution que retient notamment le droit français de la responsabilité (11). C'est également en ce sens que la Cour de District d'Urawa (Japon) a récemment interprété l'Accord administratif américano-nippon du 28 février 1952, concernant le statut des forces américaines stationnées au Japon : par acte commis dans l'exercice des fonctions, elle a entendu un acte commis en relation avec le but même de ces fonctions (12). La même exigence avait déjà été formulée, le 19 novembre 1957, par la Cour de District de Maebashi (13).

Toutefois, la jurisprudence internationale n'accorde pas toujours d'importance à ce rapport de but. Sans doute faut-il en trouver la raison dans la difficulté, à laquelle se heurteraient les tribunaux internationaux, de vérifier si l'agent a véritablement agi dans le but de remplir la mission à lui confiée.

Lorsque le juge ou l'arbitre international s'arrête à l'examen des intentions d'un agent étatique auteur d'un fait dommageable, ce n'est pas tant pour écarter la responsabilité internationale de son Etat en

(10) *Opinions of Commissionners*, 1931, p. 50 ; A.J.I.L., 1931, p. 380.
(11) Cf. René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1957, p. 238.
(12) Affaire Peter Longpree, 11 mai 1959, J.A.I.L., 1960, p. 159-163.
(13) Affaire Girard, J.A.I.L., 1958, p. 128 ; I.R.L., 1957, p. 248.

cas d'absence de rapport de but entre la faute et la fonction, que pour apprécier le degré d'apparence que pouvait présenter l'acte de l'agent. Nous verrons que la jurisprudence internationale la plus récente n'écarte plus nécessairement la responsabilité de l'Etat pour les fautes personnelles qui ont été commises en dehors de tout rapport de but avec la fonction (14). L'*animus* de la personne qui agit au nom de l'Etat ne saurait, en effet, être valablement considéré comme la cause ni comme la condition de la responsabilité internationale.

Section II

LE CRITERE DE L'APPARENCE DE FONCTION

Il semble que l'on puisse affirmer aujourd'hui l'existence d'une règle internationale coutumière, selon laquelle un Etat peut être déclaré responsable des fautes personnelles de ses agents commises dans les limites *apparentes* de leur fonction. Selon M. Th. Meron, « cette règle peut être étayée par une analogie avec les règles de la « common law » de la responsabilité indirecte, où la question de savoir si un acte d'un agent a été commis dans les limites apparentes de sa compétence est applicable pour déterminer si une conduite particulière entre dans les limites de la fonction de l'agent » (15).

Il est tout à fait logique que l'Etat puisse être internationalement responsable des fautes personnelles de ses agents commises dans les limites apparentes de leur fonction, puisque la commission de la faute n'a finalement été possible que par l'autorité dont l'agent a été investi par l'Etat. En effet, selon Anzilotti, « valent, pour le droit international, comme actes de l'Etat, tous ceux qui ont été accomplis par des personnes qui se sont comportées en fait comme des organes de l'Etat, sans considérer si elles avaient véritablement ou non eu cette qualité et si, l'ayant, elles ont agi dans les limites des pouvoirs que cette qualité leur donnait ». Et le chef de l'école positiviste italienne trouvait la raison pratique de cette règle dans l'impossibilité pour les Etats de savoir « d'une manière sûre quand un individu qui se comporte en fait comme organe de l'Etat reste dans les limites de sa propre compétence ou les excède et dans la nécessité, qui en est la conséquence, que tout Etat garantisse les autres contre les dangers que sa propre organisation interne, à l'égard de laquelle il jouit de la plus grande liberté, pourrait présenter pour eux » (16).

(14) Cf. *infra* titre II, chapitre II, section I, § 2.

(15) Th. Meron, *International responsibility of states for unauthorized acts of their officials*, B.Y.B., 1957, pp. 104-105.

(16) Anzilotti, *Cours de droit international*, pp. 470-471.

La théorie de l'apparence, qui trouve une pleine application en ce domaine, a surtout été développée en droit interne. Il convient donc de rappeler l'origine et les applications de cette théorie dans l'ordre juridique national. Il sera ensuite nécessaire de préciser la place de l'apparence en droit international et de montrer comment et pourquoi elle est appliquée en matière de responsabilité internationale.

§ 1. — La théorie de l'apparence en droit interne.

« On peut dire d'un acte ou d'une situation juridique qu'ils sont apparents lorsqu'ils se présentent avec des caractères qui ne correspondent pas à leur nature réelle et peuvent entraîner une méprise sur celle-ci », écrit M. Auby (17).

La théorie de l'apparence consiste à donner, dans certaines conditions, à ces actes ou à ces situations les mêmes effets de droit qu'entraîneraient des actes réguliers ou des situations véritables, dont ils ne sont qu'une simple imitation.

Ainsi, l'acte passé par une personne, qui est trompée par une situation juridique contraire à la situation réelle mais présentant cependant toutes les apparences externes d'une situation véritable, peut être réputé définitif et opposable, au même titre qu'un acte fondé sur une situation absolument régulière.

C'est l'application du vieil adage *Error communis facit jus.* Ce que M. de Soto traduisait ainsi : « Tout acte qui a l'apparence d'un acte administratif doit provisoirement être considéré comme tel; dans le cas contraire, les intéressés n'ont pas à le prendre en considération » (18).

Ceci ne va toutefois pas sans étonner. En effet, pourquoi préférer l'apparence à la réalité juridique et lui attacher les mêmes conséquences ? Est-ce parce que, selon l'expression d'E. Levy, « ce qui est le droit, c'est ce que nous croyons être le droit » (19) ?

Les tiers peuvent-ils compter sur ce qu'ils ont cru de bonne foi ? Ou bien, risquent-ils de se voir appliquer une réalité qu'ils n'ont pas pu valablement connaître ? Si la logique exige de faire passer la réalité avant l'apparence, l'équité ne commande-t-elle pas, en revanche, de sacrifier parfois la première à la seconde ? C'est sans doute là que réside la raison profonde de la théorie de l'apparence.

(17) J.-M. Auby, *L'inexistence des actes administratifs*, 1951, p. 236.
(18) J. de Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Thèse, Paris, 1941, p. 63.
(19) E. Lévy, *Les droits sont des croyances*, Revue trimestrielle de droit civil, 1924, p. 59.

La première application que l'on connaisse de la théorie de l'apparence remonte, semble-t-il, au droit romain. Un esclave, Barbarius Philippus, s'étant fait passer pour libre, avait réussi à être élu à la charge de prêteur. Lorsque sa véritable qualité fut découverte, quelque temps plus tard, il fut convenu de ne point procéder à l'annulation des actes passés par lui. On admit la validité des actes qu'il avait accomplis au cours de sa magistrature, sur la base de l'apparence, en se fondant sur le fait que les tiers avaient valablement pu croire en la capacité et la compétence de l'auteur de ces actes (20).

Un autre exemple peut également être emprunté au droit romain. Le *sénatus-consulte* Macédonien avait interdit les prêts usuraires consentis aux fils de famille et avait reconnu à ces derniers la faculté de soulever une exception tirée de cette interdiction pour se soustraire ensuite à l'exécution de leur obligation. Mais le Digeste rapporte que cette règle était, en fait, écartée lorsque le fils de famille avait pu être valablement considéré par tous comme *sui juris*, notamment quand il s'était comporté comme tel et avait ainsi paru contracter valablement : *Si quis patrem familiam esse credidit non vana simplicitate nec juris ignoriantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus-consultum.*

L'ancien droit français ne semble pas avoir appliqué de façon générale la théorie de l'apparence. Cependant, à maintes reprises, il fut affirmé que l'erreur crée le droit lorsqu'elle est partagée par tout le monde, c'est-à-dire lorsqu'il s'avère impossible de surmonter une apparence trompeuse. Mais cette exigence même du caractère insurmontable de l'erreur commune était évidemment de nature à limiter l'application de la théorie de l'apparence à quelques cas restreints.

Le principe devait, par la suite, être consacré par le droit positif français. Il fut même énoncé de façon générale par un avis du Conseil d'Etat sur les extraits des registres de l'état-civil délivrés par des employés de mairie, en date du 2 juillet 1807 : « De tous temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir, ni empêcher... » (21).

C'est cependant en droit privé, et spécialement dans le droit des affaires, sous l'empire des besoins sans cesse croissants de la célérité, que la théorie de l'apparence devait connaître son plein épanouissement. « Pour susciter l'activité juridique, écrit M. Calais-Auloy, la jurisprudence n'a pas hésité, dans de nombreuses hypothèses, à faire passer l'apparence avant la réalité : ainsi notamment s'est développée

(20) Cf. J.-M. Auby, *op. cit.*, p. 237.
(21) Duvergier, *Collections des lois*, tome 16, pp. 153-154.

la théorie des sociétés de fait de même que celle du mandat apparent » (22).

La théorie de l'apparence devait aussi peu à peu être introduite et consacrée en droit civil, notamment en ce qui concerne le maintien des actes passés par un héritier apparent. Le mariage putatif se rattache également, dans une certaine mesure, à l'idée d'apparence. Mais la théorie de l'apparence n'est-elle pas expressément consacrée en matière de meubles corporels par l'article 2279 du Code civil (« En fait de meubles, possession vaut titre »), qui protège l'erreur légitime commise par celui qui a cru valablement acquérir du propriétaire véritable ?

La notion d'apparence a également connu un certain nombre d'applications en droit fiscal, et spécialement dans le droit de l'enregistrement (23). Le droit public interne fait, en effet, application de l'apparence dans certains cas, bien que de façon assez limitée. Nous avons déjà mentionné la théorie des fonctionnaires de fait; et, à ce sujet, nous avons relevé la relation très étroite qui unit les notions d'apparence et de situation de fait (24).

Certes, la théorie de l'apparence se présente bien souvent comme un simple aspect de la théorie des fonctionnaires de fait. Il arrive qu'un fonctionnaire soit irrégulièrement investi; le public peut croire, d'après les apparences, que cette investiture est correcte. Mais on peut également parler de fonctionnaires de fait dans des cas où il n'y a même pas eu l'apparence d'une investiture, lorsque certains particuliers se dévouent pour assurer, au cours d'une période de crise, le fonctionnement des services publics, avec l'assentiment au moins tacite des autres administrés. La théorie de la fonction de fait se justifie ici, par la nécessité où l'on se trouve d'assurer la continuité du fonctionnement des services publics.

Seule la première hypothèse est intéressante pour notre propos. L'équité commande de tenir compte de ce que le public a pu légitimement penser que l'investiture était régulière. Une investiture qui semble ainsi plausible a pour effet de conférer, vis-à-vis du public, une certaine validité aux actes passés par ces fonctionnaires de fait. Notamment, un mariage célébré par un conseiller municipal, en vertu d'une délégation irrégulière présentant pourtant toutes les apparences

(22) Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, 1961, p. 17.

(23) Cf. Laurent, *L'apparence dans le domaine des qualifications juridiques*, Thèse, Caen, 1931 ; Barbier, *L'apparence en droit civil et en droit fiscal*, Thèse, Paris, 1945.

(24) Cf. *supra*, partie I, chapitre I^er^.

de la régularité, est ainsi considéré comme valable (25). De même, les actes passés par un fonctionnaire de fait peuvent être attaqués devant la juridiction administrative (26). Les effets de l'apparence se font sentir largement.

La plupart du temps, l'apparence consiste donc en la qualification erronée, mais excusable, d'un acte ou d'une situation juridique (27).

Peut-il cependant en aller de même au plan international ? En particulier, peut-on transposer cette théorie en droit international

§ 2. — La place de l'apparence en droit international.

Au plan des relations interétatiques, il est parfois fait appel à la notion d'apparence. Cependant, la théorie de l'apparence ne peut pas être entièrement reçue en principe en droit international. En effet, celui-ci repose, pour une très large part, sur un principe contraire : *la notion d'effectivité*. Pourtant, il s'agit là d'une notion dont la place est mal définie et qui est parfois sujette à équivoque. Selon le Professeur Charles de Visscher, « elle suggère à la fois l'idée d'une certaine tension et celle d'une ultime adéquation entre le fait et le droit » (28). L'éminent auteur note toutefois que le terme « désigne ce degré de réalité que doit offrir un fait social pour justifier son intégration dans le droit international ou pour lui servir de soutien » (29).

La notion d'effectivité est ainsi amenée à jouer un rôle extrêmement important en matière de preuve notamment. Il en va spécialement ainsi pour tout ce qui concerne les litiges territoriaux (30). En effet, à la différence du droit interne de nombreux pays, le droit international ne confère pas, en principe, la qualité de présomption légale au fait de la possession. Pour le juge ou l'arbitre international, la possession ne saurait exonérer le détenteur du fardeau de la preuve. Pour être déclarée valable, toute possession doit être effective, et pas seulement apparente (31).

(25) Affaire des mariages de Montrouge, célébrés par un conseiller municipal désigné sans que l'ordre du tableau fût respecté, Cour de cassation, 7 août 1883, Rec. Sirey, 1884.I.5.

(26) Conseil d'Etat, 5 mars 1948, Marion et autres c/Commune de Saint-Valéry-sur-Somme, Rec. Dalloz, 1949, p. 147.

(27) Sur les applications de la théorie de l'apparence en droit administratif français, cf. J.-M. Auby, *L'inexistence des actes administratifs*, pp. 239 à 251. Pour le droit anglais, cf. Prosser, *The law of torts*, 1955, pp. 351-353.

(28) Ch. de Visscher, *Observations sur l'effectivité en droit international public*, R.G.D.I.P., 1958, p. 601.

(29) *Ibid.*, p. 602.

(30) Voir, par exemple, l'arrêt de la C.P.J.I. du 5 avril 1933 dans l'affaire du statut juridique du Groënland oriental, série A/B, n° 53.

(31) Sur la notion d'occupation effective et ses applications jurisprudentielles, voir L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, pp. 587-592.

De ce fait même, la place réservée à l'apparence en droit international semble, *a priori*, assez limitée. Ainsi, en matière de nationalité, le droit positif ne reconnaît aucune valeur à l'apparence, malgré les prétentions de certains Etats, comme le prouve une décision récente de la Commission de conciliation américano-italienne.

Dans le différend Albert Flegenheimer, tranché le 20 septembre 1958, le Gouvernement italien avait avancé un argument fondé sur la notion de « nationalité apparente ». Selon l'agent italien, lorsqu'un individu se prévaut d'une nationalité pour bénéficier de certains avantages ou privilèges de la part d'un Etat étranger, et si une contestation vient ensuite à s'élever au sujet de ces avantages ou privilèges, seul l'Etat dont l'individu en question a invoqué la nationalité pourra endosser sa réclamation. En effet, déclarait en l'espèce le Gouvernement italien, c'est en fonction de sa nationalité apparente que ces avantages ou ces privilèges ont été accordés à l'individu en cause.

La Commission n'a cependant pas retenu ce point de vue. Pour elle, « la doctrine de la nationalité apparente ne peut pas être considérée comme reçue dans le droit des gens ». Et la Commission de préciser : « Une simple apparence ne peut remplacer des dispositions de droit positif réglementant les conditions de l'attribution et de la perte d'une nationalité, car le droit international reconnaît à chaque Etat le droit, sous réserve d'engagements conventionnels assumés envers d'autres Etats, de déterminer souverainement ses nationaux » (32).

S'agissant de la nationalité, la tendance générale, voire même la règle fondamentale du droit international positif, tel qu'il résulte de la pratique des Etats, est, en effet, de ne tenir compte que de la nationalité réelle. Il n'y a donc ici nulle place pour l'apparence.

Ceci se manifestait déjà clairement dans les arbitrages vénézuéliens de 1903, où les arbitres s'étaient efforcés de rechercher, dans chaque cas où l'on se trouvait en présence d'une double nationalité, à quel Etat l'individu en cause se rattachait le plus en fait. Dans cette recherche, le domicile du réclamant était appelé à jouer un rôle important et parfois même déterminant. Ainsi, les surarbitres Ralston, dans l'affaire Miliani entre l'Italie et le Vénézuéla, et Plumley, dans l'affaire des héritiers de Massiani entre la France et le Vénézuéla, partaient de cette idée que l'établissement du domicile impliquait, en fait, un choix entre deux nationalités en conflit (33).

(32) A.F.D.I., 1959, p. 318. Voir le commentaire de P.-M. Blaser, *La nationalité et la protection juridique internationale de l'individu*, Lausanne, 1962, pp. 76-77.

(33) Ralston, *Venezuelian arbitrations*. Voir également : l'affaire Stevenson entre la Grande-Bretagne et le Vénézuela ; la sentence rendue par la C.P.A. le 3 mai 1912 dans l'affaire Canevaro, R.G.D.I.P., 1913, p. 328 ; la sentence du

M. Jules Basdevant, commentant ces décisions, devait relever que s'imposait à tout Etat « le devoir juridique de n'attribuer à un individu sa nationalité que si cela correspond bien à la situation de fait, faute de quoi son acte serait inopérant au point de vue international » (34).

Peu à peu, le principe d'effectivité allait être appliqué à toute la matière du droit de la nationalité. Selon l'expression de M. Charles de Visscher, « la logique interne du concept de l'effectivité devait conduire la jurisprudence internationale à élargir la solution en l'appliquant en dehors du cas de double nationalité » (35).

L'occasion en fut fournie à la Cour internationale de justice avec l'affaire Nottebohm, qu'elle trancha le 6 avril 1955 (36). Après avoir constaté que la nationalité est un lien de nature juridique et politique « ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs », qu'elle est l'expression juridique « du fait que l'individu auquel elle est conférée... est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat », la Cour mettait l'accent sur la nécessité « de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat ». En effet, la nationalité doit être essentiellement « la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en fait son national ».

Le 10 juin 1955, ce principe était à nouveau affirmé par la Commission de conciliation américano-italienne, dans l'affaire Strunsky Mergé (37). Ainsi, il n'est pas douteux qu'en matière de nationalité, seul doive être retenu le principe d'effectivité. La notion d'apparence ne saurait jouer aucun rôle en ce domaine.

C'est, semble-t-il, sur le terrain de la responsabilité internationale que la théorie de l'apparence connaît un champ d'application relativement important.

§ 3. — L'application de l'apparence en matière de responsabilité internationale.

En cas de dommages causés par l'activité d'agents étatiques, « il semble que, sur le plan international, on ne puisse que se poser la ques-

T.A.M. franco-allemand du 10 juillet 1926 dans l'affaire Dame Barthez de Montfort, Recueil Sirey, 1928.II.49.

(34) Revue de droit international privé, 1909, p. 41.

(35) R.G.D.I.P., 1958, p. 602.

(36) C.I.J., Recueil, 1955, p. 23.

(37) R.G.D.I.P., 1959, pp. 125-140.

tion suivante : le fonctionnaire agit-il dans les limites apparentes de la fonction ? Dans l'affirmative, l'Etat sera responsable » (38).

C'est ce qui résulte, *a contrario*, de la position adoptée par le secrétaire d'Etat américain Bayard, dans l'affaire de l'American Bible Society : « Le souverain n'est pas responsable des dommages causés à un étranger et résultant de la mauvaise conduite de fonctionnaires agissant hors des limites, non seulement de leur autorité réelle, mais de leur autorité apparente » (39).

Toutefois, le défaut d'apparence n'entraîne pas toujours l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat. Ainsi, le 27 juin 1933, dans l'affaire Guillermo Colunje entre les Etats-Unis et Panama, le Gouvernement américain fut déclaré responsable de l'action fautive d'un de ses agents de police, qui avait prétendu exercer ses pouvoirs sur le territoire panaméen, alors que « non seulement il n'avait pas d'autorité réelle sur le territoire de Panama, mais il n'avait même pas d'autorité apparente » (40).

Il en avait déjà été ainsi dans l'affaire Peter Koch, en 1928, où des douaniers mexicains, qui n'étaient pas revêtus de leur uniforme, avaient arrêté et maltraité un ressortissant américain. La responsabilité du Mexique avait été admise, nonobstant l'absence de signes apparents de la qualité des agents en cause (41).

Il importe cependant de noter que l'apparence de fonction, que l'on retient ici, peut être soit une apparence quant à la personne même de l'agent fautif, soit — plus fréquemment — une apparence quant à l'acte de l'agent.

I. — Apparence quant a la personne de l'agent.

Un individu paraît agir en tant qu'agent public d'un Etat, alors qu'en réalité il agit sans aucune investiture ou sous le couvert d'une investiture non valable. Le comportement du pseudo-agent crée une apparence de fonction; et cette situation apparente est de nature à induire des ressortissants étrangers en erreur.

Si un étranger subit un préjudice du fait de l'activité d'un pseudo-agent, l'Etat dont relève celui-ci pourra être responsable, non pas tant pour avoir laissé subsister une apparence trompeuse, que parce que l'étranger ignorait, de bonne foi, la non-conformité de l'apparence à la réalité juridique.

Il en va notamment ainsi lorsque l'investiture du prétendu agent public est inexistante, ou bien encore entachée de nullité.

(38) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 414.
(39) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 742.
(40) Hunt, *Report*, p. 733.
(41) *Opinions of Commissionners*, 1929, p. 113 ; A.D., 1927-1928, p. 237.

C'était cette idée que retenait M. Verzijl, lorsqu'il déclarait, le 7 juin 1929, dans la sentence J.B. Caire, que les actes de troupes révolutionnaires peuvent donner lieu à indemnité, lorsque lesdites troupes se sont comportées « comme si elles étaient des forces militaires à la solde du Gouvernement légitime », malgré l'absence totale d'investiture à leur endroit (42).

S'il en va ainsi, c'est parce que cette inexistence ou cette nullité d'investiture n'apparaît pas aux yeux de l'étranger lésé. Celui-ci ne peut tenir compte que d'un élément visible : le pseudo-agent se comporte, en fait, comme s'il agissait véritablement en tant qu'agent étatique; son activité peut paraître en tous points identique à celle d'un agent véritable et régulièrement investi. Dès lors, cette activité matérielle suffit en elle-même, semble-t-il, à constituer l'apparence.

Toutefois, pour que la responsabilité internationale de l'Etat puisse être engagée, il faut encore évidemment que cette apparence ait induit l'étranger en erreur. Il est hors de doute, en effet, que les principes généraux régissant le statut de l'étranger doivent conduire à exiger la bonne foi de l'étranger qui prétend se prévaloir de l'apparence, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer par la suite.

Les cas d'agents apparents sont cependant relativement rares. Il s'agit surtout, en réalité, de ce que le droit public français recouvre du terme « fonctionnaires de fait ». Plus fréquents, au contraire, sont les actes qui ont l'apparence d'actes étatiques réguliers.

II. — Apparence quant a l'acte de l'agent.

Il s'agit ici du cas où un individu, véritablement agent étatique, paraît agir dans l'exercice de sa fonction et dans le cadre de sa compétence, alors qu'il n'en est rien. L'apparence ne porte pas ici sur la personne, puisque l'on se trouve bien en présence d'un agent de l'Etat; l'apparence porte sur l'acte accompli qui, paraissant entrer dans le cadre de la fonction, n'y entre pas en réalité.

Les principes que nous avons dégagés concernant l'agent apparent trouvent encore à s'appliquer en cette hypothèse, puisqu'il s'agit toujours de protéger l'étranger de bonne foi. Le résultat en est que l'étranger lésé peut considérer l'Etat comme engagé par l'acte de son agent, bien que cet acte sorte des limites réelles de la fonction et ne soit pas, en conséquence, un acte étatique véritable. En ce cas, il s'agit d'un excès de pouvoir de l'agent.

D'autre part, tout en restant dans les limites des pouvoirs conférés à l'agent, l'acte peut n'être pas accompli dans le but de remplir la

(42) Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 207 et suiv. ; R.S.A., vol. V, p. 516.

fonction, mais dans l'intérêt personnel de l'agent. Il s'agit alors de détournement de pouvoir.

Nous envisagerons successivement ces deux hypothèses : excès de pouvoir, et détournement de pouvoir.

A. — *En cas d'excès de pouvoir.*

L'agent public a dépassé les pouvoirs qui lui avaient été conférés. Normalement, l'Etat ne devrait pas être engagé. On ne saurait cependant ramener le lien unissant l'agent public et l'Etat à un mandat. Si cela était possible, on pourrait alors dire que le mandant n'est pas lié par l'excès de pouvoir de son mandataire.

Or, il n'en est rien. L'Etat est internationalement responsable de l'excès de pouvoir de son agent, si les conditions d'application de l'apparence sont réunies. Cela suppose que l'excès de pouvoir n'apparaisse pas aux yeux de l'étranger qui en est la victime. Celui-ci doit se trouver dans l'impossibilité de savoir que l'acte accompli par l'agent étatique enfreint les limites des pouvoirs qui lui sont dévolus par le droit public interne.

L'exigence qui se trouve formulée dans la jurisprudence et la pratique internationales est que, pour que l'Etat puisse être internationalement responsable, l'agent ait agi dans les limites apparentes de ses pouvoirs. L'Etat n'est rendu responsable, sur la base de l'apparence, que si l'acte de l'agent paraît raisonnablement rentrer dans les pouvoirs qui lui sont normalement reconnus, dans l'opinion générale qu'on se fait de la fonction considérée. Il faut que l'agent ait accompli l'acte dans le cadre général de son activité professionnelle. Pour admettre la responsabilité de l'Etat pour les actes entachés d'excès de pouvoir, il sera donc fait appel à la normalité de l'acte. De là, on pourra ensuite déduire qu'il y a eu apparence. Et, jusqu'à un certain degré d'excès de pouvoir, on admettra la responsabilité.

Ainsi, dans l'affaire Bensley, la Commission mixte décida, le 20 février 1850, qu'il n'y avait pas lieu d'élever une réclamation contre le Gouvernement mexicain du chef de la détention d'un ressortissant américain par le Gouverneur d'un des Etats du Mexique, car cette détention avait été décrétée « sans l'apparence d'une procédure officielle et sans aucun rapport avec les devoirs de sa charge officielle » (43).

Le surarbitre Plumley, rendant sa sentence dans l'affaire Henriquez fit application de la notion d'apparence pour apprécier les actes de soldats livrés à eux-mêmes. Estimant qu'il y avait eu incontestablement excès de pouvoir de leur part et que ce dépassement de compétence

(43) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3016.

était manifeste, qu'il n'y avait donc pas la moindre apparence de compétence, il refusa d'admettre la responsabilité de l'Etat vénézuélien (44).

En revanche, dans l'affaire Hemming entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, tranchée le 18 décembre 1920, le tribunal arbitral releva l'apparence de régularité des actes en cause : le Gouvernement était apparu, en l'espèce, comme approuvant les actes de son consul (45).

De même, le 29 mars 1927, dans l'affaire John E. Davies, entre les Etats-Unis et le Mexique, la Commission générale des réclamations instituée par l'accord du 8 septembre 1923 déclara le Gouvernement mexicain responsable, en se fondant sur le fait qu'il y avait, en la circonstance, apparence d'acte étatique (46).

Rendant sa sentence dans l'affaire J.B. Caire, en 1929, le Président de la Commission franco-mexicaine des réclamations déclarait : « Pour pouvoir admettre cette responsabilité, dite objective, de l'Etat pour les actes commis par ses fonctionnaires ou organes en dehors des limites de leur compétence, il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des fonctionnaires ou organes compétents » (47). Et M. Verzijl dégageait le « principe que le fait, pour un fonctionnaire, d'agir en dehors de sa compétence n'exempte pas l'Etat de sa responsabilité internationale, toutes les fois que ce fonctionnaire s'est autorisé de sa qualité officielle » (48).

Plus récemment, la Commission de conciliation franco-italienne reprenait le principe dans sa décision du 17 janvier 1953, concernant le différend Dame Mossé, et rendait l'Italie responsable des « actes accomplis par les fonctionnaires dans les limites apparentes de leurs fonctions ». L'apparence aurait été ici constituée, selon la Commission, par le fait que les agents italiens se seraient comportés, en accomplissant les actes incriminés, « selon une ligne de conduite qui n'était pas entièrement opposée aux directives reçues » (49).

Les problèmes de responsabilité internationale pour excès de pouvoir d'agents étatiques s'élèvent souvent à propos d'actes de violence commis par des militaires incompétents. Les précédents abondent en ce domaine : affaire Campbell, entre les Etats-Unis et Haïti, en 1898 (50) ; affaire Jeanneaud, entre la France et les Etats-Unis (51) ; affaires Toppaz (52) et Buette et Müller (53). De l'ensemble de ces pré-

(44) Ralston, *Venezuelian arbitrations*, pp. 896-900.
(45) Nielsen, Report, p. 617 ; A.J.I.L., 1921, p. 292.
(46) R.S.A., vol. IV, p. 139.
(47) Jurisprudence de la Commission, p. 221.
(48) *Ibid.*, p. 222.
(49) Recueil des décisions, fasc. 4, p. 127.
(50) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 764.
(51) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3.000.
(52) Cf. K. Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, p. 44, note 5.
(53) R.G.D.I.P., 1897, p. 403, note 3.

cédents, on peut dégager le principe que les actes accomplis par des militaires sur l'ordre ou en la présence de leurs officiers engagent la responsabilité internationale de l'Etat, pour cette raison qu'ils se trouvent alors directement reliés à un acte d'autorité publique par un lien hiérarchique; ils revêtent eux-mêmes l'apparence d'actes d'autorité publique.

La question a connu récemment un regain d'actualité dans un incident qui a opposé la France et le Maroc, alors pourtant que « les cas de responsabilité internationale imputables aux agissements de fonctionnaires incompétents ou de militaires agissant sans ordres sont habituellement rares dans les Etats occidentaux » (54).

Le 18 février 1962, deux avions militaires français, en mission de reconnaissance au-dessus du territoire algérien, franchirent la frontière algéro-marocaine et bombardèrent la ville d'Oudjda, située en territoire marocain, provoquant la mort de cinq personnes et blessant quarante autres. Selon le communiqué publié par le bureau de presse du général commandant supérieur des forces françaises en Algérie les aviateurs, auteurs de ces faits, avaient « trahi la confiance de leurs chefs ». Certes, la mission de reconnaissance dont ils étaient chargés ne comportait pas la possibilité de violer l'espace aérien chérifien, et encore moins le bombardement d'une ville étrangère. Pourtant, les appareils utilisés avaient été équipés comme pour une mission opérationnelle, alors qu'ils n'étaient censés effectuer qu'un simple vol de reconnaissance. De plus, bien qu'ils fussent restés près de deux heures sans contact radio avec leur base de départ, aucune alerte n'avait été donnée. Aussi M. Charles Rousseau note-t-il, au sujet de cet incident, que « l'irresponsabilité des autorités militaires supérieures n'était peut-être pas aussi absolue qu'on se plaisait à le dire dans certains milieux » (55).

Le raid effectué par ces deux avions revêtait ainsi toutes les apparences d'un acte étatique; les aviateurs fautifs avaient pu paraître agir sur instructions de leurs supérieurs hiérarchiques. C'est pourquoi, après la protestation du Gouvernement marocain contre ce qu'il qualifia d' « agression caractérisée », le ministre français des Affaires étrangères exprima ses regrets à l'ambassadeur du Maroc à Paris. Bien qu'il ne semble pas y avoir eu d'allusion expresse à la notion d'apparence en l'espèce, il ne fait cependant aucun doute que c'est bien sur la base de cette théorie que le Gouvernement chérifien pourrait intenter contre la France une action en responsabilité internationale (56).

(54) Ch. Rousseau, *Chronique des faits internationaux*, R.G.D.I.P., 1962, p. 175.

(55) *Ibid.*, p. 177.

(56) La responsabilité internationale de la France pourrait être d'autant plus facilement retenue que la faute personnelle des aviateurs considérés impliquait

Dans une pratique plus ancienne de certains Etats, on trouve parfois, au contraire, quelques références qui sont faites à cette notion d'apparence.

Ainsi, dans une note du secrétaire d'Etat américain Bayard, en date du 17 août 1885, il était fait référence à « une règle de droit international selon laquelle les souverains ne sont pas responsables, dans la procédure diplomatique, pour les dommages causés à un étranger quand ils résultent de l'activité d'agents agissant en dehors des limites de leur compétence non seulement réelle, mais aussi apparente » (57). C'était reconnaître, *a contrario*, le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes commis par ses agents dans les limites apparentes de leurs fonctions.

Ces mêmes principes étaient repris, quelques mois plus tard, dans une note du 27 octobre 1885. Dans l'affaire Young, qui l'opposait au Pérou, le Gouvernement américain développa, en effet, l'argument selon lequel l'acte dommageable avait été accompli par un soldat péruvien, alors qu'il se trouvait « dans la ligne de sa fonction », et qu'un gouvernement est responsable des excès de pouvoir commis par des militaires agissant « effectivement ou apparemment » sous son autorité (58).

La conférence de codification du droit international, qui se réunit à La Haye en 1930, s'inspira de ces considérations. Ceci devait notamment se manifester dans les réponses des gouvernements au questionnaire dressé par le Comité préparatoire de la Conférence. Ainsi, dans sa note du 30 octobre 1928, le Gouvernement autrichien estimait que « l'Etat est directement responsable des dommages causés à des étrangers par des actes contraires au droit des gens et effectués par des organes effectivement ou apparemment dans l'accomplissement de leurs devoirs » (59).

Sur les vingt réponses formulées sur le point V, n° 2 (*b*), concernant la question de savoir si les Etats étaient responsables pour les actes accomplis par leurs fonctionnaires en cette qualité, mais en excédant leur compétence, treize gouvernements répondirent par l'affirmative, quatre ne prirent pas clairement position; mais trois Etats devaient y apporter une réponse négative : la Tchécoslovaquie, le Danemark et la Pologne. Ceux qui admirent le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles résultant d'excès

en même temps une faute de service, pour laquelle le gouvernement français serait directement responsable, la faute de l'Etat consistant alors en un défaut de vigilance.

(57) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 743.
(58) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 758.
(59) Publications de la S.D.N., Questions juridiques, 1929.V.3, p. 178.

de pouvoir, le firent presque tous sur la base de la théorie de l'apparence.

Lors des débats au sein de la Troisième Commission de la Conférence, le délégué suisse, M. Dinichert, rappela « l'idée que le particulier, notamment l'étranger, n'est pas censé connaître exactement les limites de la compétence du fonctionnaire. On peut dire qu'aussi longtemps que l'incompétence n'apparaît pas d'une manière manifeste, la responsabilité est engagée » (60).

Parlant au nom du Gouvernement français, M. Matter estimait, de son côté : « Pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée, il faut que l'acte commis par le fonctionnaire en dehors de sa compétence l'ait été dans des conditions telles que l'étranger ait pu croire que le fonctionnaire agissait dans l'exercice de ses fonctions... L'élément essentiel, en pareille matière, c'est la tromperie dont l'étranger a pu être victime. Il faut que l'étranger, peu au courant des mœurs, des usages, de l'organisation administrative du pays dans lequel il vit, ait pu croire que l'agent de l'administration agissait dans l'exercice de ses fonctions » (61).

Finalement, la Troisième Commission adopta en première lecture, un article VIII, alinéa 2, ainsi rédigé : « La responsabilité internationale de l'Etat se trouve également engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'Etat accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle » (62). C'était reconnaître la théorie de l'apparence, sans utiliser le terme.

Il est, en conséquence, possible d'affirmer que la responsabilité internationale devra être rejetée lorsque le fonctionnaire étatique aura commis des actes autres que ceux dont la fonction exigeait l'accomplissement; ou lorsqu'il aura procédé à des actes qu'on ne peut manifestement plus rattacher à la fonction. Il en sera ainsi notamment en cas d'actes criminels commis par un agent pulbic dans l'exercice de ses fonctions. En ce cas, il s'agit, en effet, d'actes totalement assimilables aux actes d'un individu privé.

La responsabilité de l'Etat est donc déterminée par le caractère de l'acte dommageable commis par l'agent et par les circonstances de l'espèce envisagée, mais non par la situation de l'agent lui-même (63).

Il convient de noter que la frontière qui sépare les actes accomplis dans les limites de la fonction et ceux qui sont commis en dehors de

(60) *Ibid.*, 1930.V.17, p. 82 et suiv.
(61) Voir Actes de la Conférence, S.D.N., 1930.V.17, p. 83.
(62) Voir Actes de la Conférence, S.D.N., 1930.V.17, p. 83.
(63) Nous verrons que la fonction de l'agent peut jouer un rôle important, mais non déterminant.

ces mêmes limites est extrêmement ténue (64). Mais, surtout, il est malaisé de préciser où commence et où s'arrête l'apparence.

Il ne semble pas, en effet, que l'on puisse dégager avec précision un critère permettant de déterminer où finit l'acte *ultra vires* d'un fonctionnaire et où commence l'acte privé d'un individu qui se trouve être en même temps un agent étatique. Selon M. Th. Méron, « si les deux actes sont considérés comme revêtant plutôt un caractère privé, la question se pose de savoir si les actes *ultra vires* des fonctionnaires, pour lesquels les Etats sont responsables d'après le droit international coutumier, peuvent être distingués des autres actes (privés) des fonctionnaires, pour lesquels les Etats ne sont pas responsables » (65).

C'est sans doute pourquoi certains auteurs ont proposé de limiter la responsabilité internationale de l'Etat au cas où l'agent, bien qu'incompétent pour accomplir l'acte générateur du dommage, est néanmoins compétent pour accomplir des actes de ce genre. La responsabilité de l'Etat serait rejetée lorsque les actes de ce genre sont généralement défendus à l'agent dans le cadre de sa fonction. Karl Strupp faisait ainsi la distinction entre le fonctionnaire agissant en vertu de sa compétence générale et l'agent exerçant une compétence spéciale. L'huissier procédant à une saisie exercerait une compétence générale, parce que l'acte entre dans ses attributions normales; et l'Etat pourrait être responsable des excès de pouvoir de l'huissier en ce cas. Au contraire, l'Etat ne pourrait pas être déclaré responsable de l'excès de pouvoir d'un instituteur qui, en vertu d'instructions spéciales, saisirait les meubles d'un étranger, car il n'entre pas dans sa compétence habituelle de procéder à des saisies (66).

Mais de telles distinctions, il faut le reconnaître, sont encore plus malaisées à manier. Aussi, dans le rapport qu'il présentait en 1927 à l'Institut de droit international, concernant la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, M. Strisower proposait-il d'établir la règle suivante : « l'Etat est également responsable des actes d'un fonctionnaire non compétent lorsqu'il a agi dans cette qualité et dans un rapport au moins apparent avec ses fonctions » (67). S'agissant de la responsabilité de l'Etat pour les excès de pouvoir de militaires, le Rapporteur se montrait encore plus explicite : « L'Etat est ainsi responsable des actes commis par ses soldats lorsqu'ils ont été

(64) Sur les limites de la compétence (« scope of authority »), cf. HYDE, *International law*, 2e éd. (1945), p. 935.

(65) Cf. B.Y.B., 1957, p. 111 ; voir également *supra*, 1re partie, la notion de faute personnelle et la distinction avec la faute étatique.

(66) K. STRUPP, *Das Völkerrechtliche Delikt*, p. 42.

(67) Annuaire de l'Institut, 1927, vol. 33-I, p. 461.

accomplis sur l'ordre de leurs officiers ou lorsqu'ils ont l'apparence de dépendre de leurs fonctions » (68).

Le projet élaboré en 1960 par la Harvard School mentionne, à l'article 15, relatif aux conditions d'imputation d'un acte dommageable à l'Etat, que l'agent doit avoir agi « dans les limites réelles ou apparentes de la fonction » (69).

B. — *En cas de détournement de pouvoir.*

Dans cette hypothèse, l'agent étatique agit dans les limites de sa compétence, mais dans un but d'intérêt personnel. Il détourne ses pouvoirs du but dans lequel ils lui ont été conférés. Il y a donc abus de pouvoir.

Il se peut toutefois que le détournement de pouvoir se trouve dissimulé sous une apparence trompeuse : l'agent a paru agir dans l'intérêt de l'Etat. C'est même ce qui se produit généralement : le détournement de pouvoir n'est pas perceptible *a priori*. Seule une étude approfondie permet de déceler que l'agent a, en fait, agi dans un but personnel. On conçoit qu'on ne puisse exiger une telle recherche de la part d'un étranger.

L'Etat peut être rendu responsable de ce détournement de pouvoir parce que l'étranger lésé a pu légitimement croire que l'acte était accompli dans l'intérêt exclusif de l'Etat.

L'étranger est en droit d'ignorer le détournement de pouvoir dont il est victime, si l'acte de l'agent, par sa nature même, paraît avoir pour but l'intérêt exclusif de l'Etat. L'étranger peut ne pas se douter qu'il se trouve en présence d'un abus de pouvoir, si l'acte de l'agent est de ceux que ce dernier accomplit habituellement dans l'exercice de sa fonction. Le but apparent de l'acte accompli par l'agent peut ainsi permettre l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat dont dépend l'agent en cause.

Plus que le contenu même de l'acte dommageable, c'est la forme extérieure revêtue par cet acte qui constituera l'apparence trompeuse.

Lorsque l'on parle de détournement de pouvoir, en effet, l'acte accompli par l'agent revêt la même forme que s'il avait été réellement accompli dans l'intérêt de l'Etat. Il en a toutes les caractéristiques externes. Notamment, l'intitulé de l'acte et la qualité de son auteur sont conformes à ce qui est habituellement prescrit pour la passation d'un tel acte. Il y a donc ici comme une apparence objective, résultant de la forme de l'acte lui-même. En fait, si l'on envisage la finalité de

(68) *Ibid.*, p. 462.

(69) Harvard University, Law School, Convention on international responsibility, Draft n° 11, 1er juillet 1960.

l'acte, il se révèle avoir été accompli dans l'intérêt personnel de l'agent. Mais les motifs sont précisément le seul élément qui permette de dire que l'acte est un fait personnel à son auteur et non pas un acte étatique véritable.

Dans l'affaire « The Industry », où il s'agissait de la saisie d'un navire américain et de l'arrestation de son capitaine par les autorités mexicaines, la Commission mixte admit la responsabilité du Mexique, en se fondant sur le fait que la saisie et l'arrestation considérées avaient revêtu la forme d'actes étatiques, accomplis dans l'intérêt du Gouvernement mexicain, alors qu'ils n'avaient eu, en réalité d'autre but que d'extorquer de l'argent aux réclamants (70). Il s'agissait d'un cas manifeste de détournement de pouvoir.

Un principe identique fut encore appliqué par la même Commission en 1850, dans l'affaire Wilson; mais ce fut, cette fois, pour constater qu'il n'y avait pas d'apparence de régularité quant à la forme de l'acte. Le fait, pour un agent étatique, de demander à un étranger de lui remettre son argent aux fins de vérification n'entre pas dans les attributions ordinaires et habituelles d'un fonctionnaire. L'Etat ne saurait donc être responsable d'une simple escroquerie d'un agent public, dès lors que l'apparence faisait entièrement défaut (71).

Au contraire, dans l'affaire Knotts, le 13 mai 1929, le Mexique fut déclaré responsable de l'arrestation et de l'emprisonnement d'un ressortissant américain pour non-paiement de taxes diverses, alors que de semblables mesures n'étaient pas autorisées par la loi fiscale mexicaine. En l'espèce, il y avait eu détournement de pouvoir de la part du fonctionnaire mexicain qui avait délivré le mandat d'arrestation. Bien que le Dr Sindballe, président de la Commission mixte, eût déclaré que « le traitement accordé à Knotts était clairement en contradiction avec la loi mexicaine », il semble pourtant que c'est en se fondant sur la forme apparemment légale de l'acte de l'agent que le Mexique fut déclaré responsable (72). En effet, ce qui pouvait être évident et clair à la Commission, après un examen détaillé de l'affaire, ne l'était pas nécessairement pour le ressortissant américain qui avait valablement pu penser que les mesures dont il faisait l'objet étaient prévues par la loi.

§ 4. — Raison d'être du critère de l'apparence en matière de responsabilité internationale.

Permettre à un étranger de considérer ce qui paraît être comme si cela était vraiment peut sembler une situation paradoxale à certains

(70) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3045.
(71) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3021.
(72) *Opinions of Commissionners*, 1929, p. 312 ; R.S.A., vol. IV, p. 537.

égards. En effet, pourquoi mettre à la charge de l'Etat des obligations qu'il ne devrait pas logiquement assumer si l'on s'en tenait strictement à la réalité ? Nous avons déjà montré sur quelle base générale se fondait ce type de responsabilité. Il reste encore à expliquer pourquoi on doit se borner ici à ne tenir compte que de l'apparence.

On pourrait, certes, justifier l'application de la théorie de l'apparence en ce domaine par la nécessité de rendre responsable celui qui a contribué à créer une situation apparente. Ce ne serait cependant pas suffisant. En effet, on ne peut ignorer qu'un acte dommageable accompli sous une apparence trompeuse crée véritablement un droit pour l'étranger lésé par cet acte.

C'est pourquoi il convient de rechercher d'abord le fondement de l'obligation de l'Etat issue de l'apparence, puis le fondement du droit de l'étranger victime de l'apparence.

I. — Fondement de l'obligation de l'état (73).

Incontestablement, il ne saurait être question de relever une faute à la charge de l'Etat. On ne peut, en effet, pas prétendre que la création d'une situation trompeuse constitue une faute de l'Etat, dont celui-ci doit réparation, la réparation consistant alors à donner plein effet à la situation apparente. Dans la plupart des cas d'excès ou de détournement de pouvoir, les situations apparentes ne résultent d'aucune faute de l'Etat. Ainsi que nous l'avons relevé précédemment, on ne peut même pas parler de *culpa in eligendo* ou de *culpa in regendo* de la part des autorités étatiques (74).

Si l'Etat peut être déclaré responsable des fautes personnelles commises par ses agents dans les limites apparentes de leurs fonctions, c'est parce qu'il se trouve à l'origine de la situation apparente. Cette origine n'intervient cependant pas sous l'angle de la faute, mais sous un aspect purement objectif. Comme nous l'avons montré dans la première partie, il est préférable en effet, de faire appel à l'idée de risque, qui cadre mieux avec ce type de responsabilité. Cependant, si la théorie du risque explique mieux ce régime de responsabilité, la jurisprudence reste assez réticente et ne l'admet que très rarement. « En nommant le fonctionnaire et en l'installant dans sa fonction, l'Etat lui a donné non seulement une légitimation formelle d'agir au nom de l'Etat », mais

(73) Pour une justification générale de la responsabilité internationale pour faute personnelle, voir *supra*, 1re partie, chapitre 3. Nous reprenons ici le problème sous un angle légèrement différent : pourquoi rendre l'Etat responsable sur la base de l'apparence ?

(74) Le Fur estimait cependant que la faute de l'Etat pouvait surgir du « mauvais choix du fonctionnaire », c'est-à-dire qu'elle pouvait être le résultat d'une négligence dans ce choix, *Précis de droit international*, 3e éd., p. 394. Sur ce point, voir *supra*, 1re partie, chapitre 3.

« il l'a aussi mis en état de commettre des actes qui peuvent éventuellement causer un préjudice à un autre Etat » (75).

En instituant un certain nombre d'agents, l'Etat court un risque : celui de provoquer, par son activité, une apparence trompeuse. L'Etat n'est donc pas internationalement responsable parce qu'il a causé un dommage à un étranger, mais parce que son activité a suscité une apparence trompeuse.

Au cours des débats sur le rapport Strisower à l'Institut de droit international, le principe de l'apparence fut justifié par le fait que l'autorité conférée par l'Etat à ses agents contribuait à rendre possible l'accomplissement d'actes *ultra vires*. La responsabilité internationale de l'Etat résultant de l'apparence s'expliquerait alors par l'autorité qui se rattache aux fonctions que l'Etat a réellement conférées à ses agents. Et, dans la résolution adoptée par l'Institut à la session de Lausanne, la responsabilité internationale fut admise, « soit que ses organes aient agi conformément, soit qu'ils aient agi contrairement à la loi ou à l'ordre d'une autorité supérieure » (76).

N'est-ce pas, en effet, l'autorité réelle ou apparente dont l'Etat a investi ses agents qui rend possible la commission d'actes dommageables par lesdits agents ? Dès lors, il est juste que l'Etat puisse être internationalement responsable pour les fautes personnelles commises par ses agents dans les limites apparentes de leurs fonctions.

Est-ce à dire que l'Etat ne puisse jamais, quand sont réunies les conditions de l'apparence, échapper à l'obligation qui en est issue ? Pour se dégager de cette obligation, il lui faut prouver que l'étranger lésé ne mérite pas le bénéfice de l'apparence. Il lui faut donc se placer du côté du droit issu de l'apparence.

II. — Fondement du droit de l'étranger.

Le procédé de l'apparence a pour but de permettre aux étrangers lésés d'être titulaires d'un droit, parce qu'ils ont cru l'être réellement. A la base de cette solution se trouve donc une erreur. Cependant, en quoi cette erreur peut-elle être ainsi génératrice d'un droit ?

On peut tout d'abord se référer au vieil adage *error communis facit jus*. Dans ce cas, on dira que le fondement du droit de l'étranger réside dans l'erreur commune, objectivement partagée par l'ensemble du public, aussi bien les nationaux que les étrangers. Cependant, peut-on dire qu'il s'agisse vraiment d' « *error communis* » ? N'est-ce pas avant tout une erreur individuelle de la part de l'étranger qui a subi

(75) G. Cohn, *La théorie de la responsabilité internationale*, R.C.A.D.I., 1939-II, p. 294.

(76) Annuaire de l'Institut, 1927, vol. 33-III, p. 330.

le dommage ? Dès lors, n'est-ce pas plutôt la bonne foi de l'étranger qu'il faut prendre en considération ?

L'étranger aurait droit à réparation, parce qu'il a été trompé. Mais il ne semble pas que l'on puisse considérer la bonne foi comme étant suffisante en elle-même pour couvrir la nullité d'un acte juridique.

En effet, dire qu'un droit à réparation naît au profit de l'étranger trompé par une situation apparente ne signifie nullement que son erreur soit créatrice de droit. L'erreur de l'étranger est, certes, nécessaire pour qu'un droit naisse de l'apparence; elle n'est cependant pas suffisante.

L'étranger a cru que la situation apparente était une situation juridique véritable. On ne peut exiger de lui qu'il vérifie à chaque instant la régularité de l'investiture ou de l'acte de celui qui se présente à lui comme agent de l'Etat. Il a commis une erreur d'appréciation tout à fait excusable. Prise en elle-même, son erreur se ramène alors à la bonne foi (77). Cette bonne foi s'apprécie au moment de l'accomplissement de l'acte dommageable par l'agent étatique. Il importe peu que l'erreur de l'étranger se dissipe et disparaisse ensuite; la connaissance qu'il peut avoir par la suite de la réalité est trop tardive pour qu'il ne puisse pas bénéficier de l'apparence.

Ainsi, le droit que crée l'apparence au profit de l'étranger lésé ne l'est que par l'intermédiaire de l'erreur provoquée par cette apparence. Encore faut-il que cette erreur soit justifiée ou excusable.

La notion d'apparence ne doit pas être, en effet, une sorte de planche de salut à laquelle pourraient se raccrocher des étrangers qui ont subi un dommage du fait de leurs négligences. Le recours à l'apparence n'a d'autre but que de protéger l'étranger qui serait victime d'une erreur excusable, c'est-à-dire faite de bonne foi. Ainsi, en matière d'épuisement des recours internes, l'ignorance des recours ne saurait être considérée comme une erreur excusable.

C'est en ce sens qu'il faut entendre la sentence rendue le 19 mars 1925 par le tribunal arbitral anglo-américain dans l'affaire des réclamations canadiennes pour le remboursement de taxes (« *Canadian claims for refund of duties* »). Le tribunal est, en effet, venu déclarer : « On ne saurait admettre que l'ignorance de leurs droits et des recours qui leur sont offerts donne droit aux réclamants à une indemnité en leur faveur. Des importateurs doivent être présumés connaître et sont liés

(77) C'était cette idée que soutenait JOSSERAND, en droit civil français, lorsqu'il justifiait la responsabilité du commettant par la théorie de l'apparence, conçue dans un but de bienveillance à l'égard de la victime, dont la bonne foi est présumée ; *Cours de droit civil positif français*, 1938, n° 512.

par les lois douanières des pays avec lesquels ils font du commerce » (78).

Dans des circonstances données, certaines catégories d'étrangers ne sauraient donc se prévaloir de l'apparence; car leur erreur, à supposer qu'elle existe, ne serait pas réputée légitime. Dans chaque espèce, il y a ainsi lieu pour l'arbitre ou le juge d'apprécier la qualité de l'erreur commise par l'étranger réclamant. C'est seulement lorsque l'erreur de l'étranger peut être déclarée excusable qu'on lui reconnaît le droit de réclamer pour le dommage subi par lui. « Si aucune méprise ne pouvait raisonnablement se produire... l'erreur cesserait d'être justifiée et le risque en retomberait sur celui qui l'a commise » (79). L'étranger victime du dommage ne peut invoquer l'apparence que dans la mesure où celle-ci est la source d'une erreur excusable ou légitime, dans la mesure où elle a pour support la bonne foi.

On s'aperçoit ainsi que l'application de la notion d'apparence en matière de responsabilité internationale n'a d'autre but que d'assurer en définitive la protection des nationaux à l'étranger. A travers elle, c'est finalement la sécurité des relations internationales que l'on vise à garantir.

*
**

Le critère de l'apparence de fonction est de grande importance, puisque la plupart des actes dommageables commis par les agents étatiques le sont dans les limites apparentes de leur fonction.

Cependant, il n'est pas exempt de toute imperfection. On peut, en effet, objecter qu'il est parfois extrêmement difficile de définir ce qu'est l'apparence de fonction d'un agent étatique.

Surtout, à supposer même qu'il soit possible d'en donner une définition claire et précise, le critère de l'apparence de fonction est susceptible de ne pas procurer aux étrangers lésés une protection suffisante et adéquate dans tous les cas. Si un agent étatique agit tellement en dehors de sa compétence que l'illégalité de son action soit manifeste même aux yeux d'un étranger peu averti, l'Etat ne devrait pas être déclaré responsable, selon le critère de l'apparence de fonction. Ce serait assez grave dans la mesure où l'étranger n'avait aucun moyen d'éviter le dommage.

Bien qu'il rende de grands services, le critère de l'apparence de fonction doit donc être complété. Aussi la jurisprudence internationale a-t-elle cherché un critère de remplacement ou de complément, pour

(78) A.D., 1925-1926, p. 230.
(79) M. Bourquin, *R.C.A.D.I.*, 1931-I, p. 216.

imputer à l'Etat les fautes personnelles que ses agents commettraient en dehors des limites apparentes de leur fonction. Elle l'a trouvé dans les moyens de la fonction.

CHAPITRE II

La faute personnelle commise avec les moyens de la fonction.

Si l'on s'attachait exclusivement au critère de l'apparence de fonction, on serait logiquement amené à dire que l'Etat n'est pas responsable d'un dommage causé à un étranger par un fonctionnaire qui abuse des moyens de sa fonction tout en agissant en dehors des limites, même apparentes, de celle-ci. Il en serait notamment ainsi, lorsque l'agent se servirait des instruments mis à sa disposition par le service pour commettre un acte qui serait normalement un acte de nature privée. En ce cas, en effet, l'étranger lésé ne pourrait invoquer l'apparence, quand bien même il se serait trouvé dans l'impossibilité de prévenir l'acte dommageable et d'éviter ainsi tout dommage.

En fait, la justice et l'équité commandent que l'Etat puisse être également responsable au plan international en cette hypothèse; car ce sera souvent le seul moyen pour l'étranger lésé d'obtenir une réparation satisfaisante.

C'est pourquoi la jurisprudence internationale en est arrivée à dégager un autre critère d'imputation à l'Etat : le critère de l'abus des moyens de la fonction. Nous analyserons d'abord en quoi consiste ce critère; puis nous chercherons à en préciser les conditions d'application.

Section I

LE CRITERE DE L'ABUS DES MOYENS DE LA FONCTION

Dans son rapport à l'Institut de droit international sur la responsabilité des Etats, M. Strisower proposait une formule reposant sur le

critère de l'apparence de fonction (1). A sa session de Lausanne, en août-septembre 1927, l'Institut devait cependant retenir une formule plus large, incorporant à la fois le critère de l'apparence de fonction et celui de l'abus des moyens de la fonction. Dans l'article 1er de la résolution qui fut adoptée, il était, en effet, déclaré que les Etats étaient responsables pour les actes illégaux commis par leurs agents « en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition » (2). Dans la sentence J.-B. Caire, M. Verzijl reconnaissait : cette formule « correspond à la conviction juridique de la communauté internationale actuelle » (3).

Pour un certain nombre d'Etats, en effet, il s'agit là d'une véritable conviction juridique. Ainsi, dans la note qu'il adressait le 12 mars 1929 en réponse au questionnaire du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye, le Gouvernement belge estimait que « la responsabilité de l'Etat existe si le fonctionnaire s'est servi des moyens mis à sa disposition en sa qualité d'organe de l'Etat » (4). La même proposition était contenue dans la note du gouvernement finlandais (5).

Dans ses observations sur le Rapport Strisower, Le Fur relevait, concernant les actes dommageables commis par des militaires, que « l'acte coupable est commis par un soldat ou un officier, grâce à la force que l'Etat a remise entre ses mains; l'Etat est responsable du mauvais usage de cette force qu'il lui a confiée et dont il doit toujours rester maître » (6).

Bien souvent, en effet, certains actes dommageables ne peuvent avoir pour auteurs que des agents étatiques, en ce sens qu'un particulier ordinaire ne possède généralement pas les moyens de contrainte dont disposent les agents publics et que ceux-ci sont parfois amenés à utiliser en dehors du service, dans leur vie privée. En pareil cas, ce sont, en réalité, les moyens de la fonction qui permettent, seuls, l'accomplissement des actes dommageables. Il est, en conséquence, tout à fait normal et logique que l'Etat soit responsable, sur la scène internationale, du mauvais exercice des pouvoirs ou moyens qu'il a confiés à ses agents.

Il importe toutefois de distinguer ces actes accomplis par abus des moyens de la fonction d'autres actes personnels qui sont également accomplis par les agents publics en dehors de leurs fonctions et qui sont, de toute évidence, des actes privés absolument illégaux, c'est-à-dire des « fautes personnelles idéales ». Nous verrons ensuite qu'il con-

(1) Cf. chapitre précédent.
(2) Annuaire de l'Institut, 1927, vol. 33-III, p. 330.
(3) Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 221.
(4) Actes de la Conférence, 1929.V.3, p. 181.
(5) *Ibid.*, p. 194.
(6) Annuaire de l'Institut, 1927, vol. 33-I, p. 514.

vient aussi de faire la distinction entre la notion d'abus des moyens et la notion d'apparence de fonction.

§ 1. — L'acte commis par abus des moyens et l'acte totalement privé.

Un Etat peut être rendu internationalement responsable d'actes illégaux commis par ses agents, alors même que l'on se trouve en présence d'actes revêtant un caractère exclusivement privé, sans aucun rapport avec la fonction des agents en cause. La responsabilité de l'Etat n'est alors engagée que s'il a failli à l'exercice de son devoir de vigilance, notamment, s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir la commission de tels actes, ou s'il a manqué à son devoir de punition des coupables, ou si la punition infligée est nettement insuffisante. Il n'est donc pas question ici de faire appel à une notion d'abus des moyens de la fonction. Le fonctionnaire s'est comporté comme un simple particulier, sans faire usage des moyens que le service mettait à sa disposition. C'est ainsi que dans l'affaire Ethel Morton, tranchée le 2 avril 1929, la Commission mixte américano-mexicaine estima qu'une peine de quatre ans d'emprisonnement infligée à un agent public mexicain pour le meurtre d'un ressortissant américain, commis en dehors du service, alors que l'agent mexicain était en état d'ébriété, et sans aucune provocation de la part de la victime, constituait un manquement à la punition du coupable, en ce que la peine était inadéquate, au regard même de la loi mexicaine (7). Dans les cas de ce genre, ce sont les règles concernant la responsabilité des Etats pour les actes dommageables accomplis par les individus privés qui s'appliquent (8).

Lorsque l'on parle d'actes commis par abus des moyens de la fonction, il s'agit, au contraire, des cas où un agent étatique a abusé des facilités que lui donnait sa fonction pour commettre le dommage. Certes, considéré en lui-même, l'acte de l'agent peut être parfaitement étranger à la fonction. C'est cependant l'existence de la fonction qui a permis sa commission. Il y a un *rapport de moyen* entre la faute et la fonction.

L'agent étatique a commis une faute personnelle en abusant des moyens et des instruments qui sont mis à sa disposition par le service dont il relève. La fonction conditionne ainsi l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables. L'acte dommageable, qui devrait être normalement un acte purement privé, se trouve en fait dénaturé et est rattachable à la fonction.

(7) R.S.A., vol. IV, p. 428.
(8) Cf. L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, pp. 417-421.

La responsabilité de l'Etat est alors admise sur la base du critère de l'abus des moyens que l'Etat a mis à la disposition de son agent et qui ont rendu possible la commission de l'acte dommageable ou l'ont favorisée. La responsabilité internationale de l'Etat est donc, en quelque façon, une responsabilité *médiate*, reposant sur le fait qu'à l'origine, c'est bien l'Etat qui a donné à l'agent les moyens de causer le préjudice.

Ceci devait clairement apparaître dès 1874, lors de l'affaire Magee entre la Grande-Bretagne et le Guatémala. Le vice-consul britannique à San-José avait été fustigé sur l'ordre du commandant militaire de la place, pour des raisons d'animosité personnelle. L'affaire fut tranchée par voie diplomatique, le Guatémala ayant admis sa responsabilité (9).

Les cas d'abus des moyens de la fonction par les agents de police sont assez nombreux. Ainsi, dans l'affaire Shipley, le 5 août 1902, un citoyen américain visitant Smyrne fut attaqué par un membre de la police turque, frappé violemment et laissé sans connaissance. Les autorités turques admirent leur responsabilité internationale, car leur agent avait usé des moyens de sa fonction pour commettre cet acte dommageable de nature privée en principe (10).

La distinction entre l'acte purement privé et l'acte commis par abus des moyens de la fonction peut cependant être parfois difficile à établir. Deux litiges tranchés en 1926 et 1927 par la Commission mixte Etats-Unis - Mexique le montrent. Dans l'affaire Youmans, un groupe de soldats mexicains, envoyé pour protéger trois ressortissants américains attaqués par la foule, au lieu de remplir sa mission, ouvrit le feu, tuant deux d'entre eux. Le gouvernement mexicain arguait du fait que ses soldats avaient agi en qualité privée et que leurs actes ne lui étaient pas, en conséquence, imputables. La Commission mixte se refusa pourtant à adopter cette façon de voir et déclara le Mexique responsable des agissements de ses soldats, par une sentence en date du 23 novembre 1926 (11). En effet, si l'action dommageable des militaires mexicains paraissait bien de nature privée, elle n'avait cependant été rendue possible qu'en raison de leur qualité de soldats et des moyens mis à ce titre à leur disposition par le gouvernement. Celui-ci devait donc répondre de la manière abusive dont ces militaires avaient employé leurs armes.

Dans la seconde affaire, l'affaire Mallen, la Commission se prononça en faveur de la responsabilité des Etats-Unis, le 27 avril 1927 (12).

(9) British and Foreign State Papers, 1873-1874, pp. 875-922.
(10) WHITEMAN, *Damages*, vol. I, pp. 12-13, note 1.
(11) *Opinions of Commissionners*, 1927, p. 150 ; R.S.A., vol. IV, p. 110.
(12) *Opinions of Commissionners*, 1927, p. 254 ; R.S.A., vol. IV, p. 173.

Il s'agissait ici de l'arrestation d'un consul mexicain par un agent de police américain. Certes, l'arrestation était manifestement illégale et ne pouvait être considérée comme un acte de fonction. Cependant, la commission de cet acte illégal n'avait, en fait, été rendue possible que par un abus des moyens mis à la disposition de l'agent de police considéré par son gouvernement.

Plus facile à faire apparaît, au contraire, la distinction entre la notion d'abus des moyens de la fonction et la théorie de l'apparence de fonction.

§ 2. — La notion d'abus des moyens et la notion d'apparence de fonction.

Si l'Etat peut être rendu internationalement responsable de fautes personnelles manifestement commises par ses agents en dehors des limites de la fonction, ce n'est pas parce qu'il aurait laissé subsister une apparence trompeuse. En effet, l'étranger lésé peut alors se rendre compte que l'agent ne se présente pas en qualité de représentant de l'Etat, qu'il n'agit pas apparemment pour le compte de l'Etat. Cependant, le résultat est sensiblement le même : l'agent public, agissant en tant qu'individu privé, se sert des moyens mis à sa disposition par le service dont il relève pour commettre un acte dommageable. Aux yeux de la victime, si le dommage n'est apparemment pas causé au nom de l'Etat, il l'est tout de même par des moyens étatiques. Dès lors, il est normal que l'Etat puisse voir sa responsabilité engagée, puisque la faute dommageable n'a pu finalement être commise par son agent que parce que ce dernier se trouvait investi de certains moyens. Un particulier qui ne serait pas fonctionnaire n'aurait pas eu, en principe, la possibilité de causer ce dommage.

La pratique internationale fournit d'assez nombreux exemples de dommages ainsi causés à des étrangers par abus des moyens de la fonction.

Le 1er avril 1876, dans l'affaire Donoughho, le surarbitre Thornton se prononça dans le sens de la responsabilité du gouvernement mexicain pour les actes d'une troupe tumultueuse qu'un magistrat local avait envoyé arrêter un ressortissant américain. Il n'y avait, en l'espèce, pas la moindre apparence de légalité. Le Mexique fut cependant déclaré responsable parce que son agent avait eu recours au moyen, qui était en son pouvoir, de faire appel à des volontaires privés (13).

(13) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3012.

De même, l'affaire « Star and Herald » concernait des actes manifestement illégaux commis par un agent du gouvernement colombien, qui avait arbitrairement suspendu, pour une période de deux mois, la parution d'un journal appartenant à une société américaine. Cette illégalité n'était pas contestée par les réclamants eux-mêmes puisque, comme le déclarait le ministre colombien des Affaires étrangères dans une note datée du 10 novembre 1896, « les propriétaires du « Star and Herald », en se plaignant au gouvernement de la suspension du journal, qualifiaient d'illégal le décret du Général Santo Domingo Vila ». Le gouvernement colombien prétendait, en conséquence, qu'à défaut d'apparence, la mesure de suspension ne lui était pas imputable : « Si les réclamants eux-mêmes ont admis son illégalité, elle ne saurait compromettre le gouvernement, à moins que le gouvernement ne l'ait approuvée. » Toutefois, en janvier 1899, après de laborieuses discussions diplomatiques, un accord intervenait aux termes duquel la Colombie consentait à faire droit à la réclamation des Etats-Unis et à verser une indemnité (14). En édictant la mesure de suspension, le fonctionnaire colombien en question avait, en effet, abusé des moyens mis à la disposition de sa fonction par l'Etat.

On peut également citer l'affaire Way, tranchée le 18 octobre 1928, par la Commission mixte américano-mexicaine, où fut reconnue la responsabilité internationale du Mexique pour les actes d'un officier de police judiciaire qui avait illégalement délivré un mandat d'arrêt contre un ressortissant américain. L'agent en cause avait certes compétence pour délivrer de tels mandats; mais, en l'espèce, le mandat d'arrêt était entaché de nullité, puisqu'il ne contenait aucune charge contre l'étranger qu'il frappait. Il n'avait donc pas la moindre apparence d'un acte étatique régulier. De plus, l'exécution du mandat fut confiée à deux agents de la force publique, qui se virent remettre des armes et reçurent l'ordre « d'utiliser tels moyens qui pourraient être appropriés ». Il y avait eu, de toute évidence, abus des moyens de la fonction par l'officier de police judiciaire (15).

Toutefois, la décision la plus claire que l'on puisse rencontrer en matière d'abus des moyens reste, sans conteste, la sentence de M. Verzijl dans l'affaire Caire, le 7 juin 1929. Jean-Baptiste Caire, un ressortissant français, qui tenait un hôtel à Mexico City, se vit demander une certaine somme d'argent par deux de ses pensionnaires, des officiers de l'armée mexicaine. Ayant été dans l'impossibilité de fournir cette somme, il fut arrêté par ces officiers et conduit dans une caserne, où il fut finalement fusillé. Le gouvernement mexi-

(14) MOORE, *Digest*, vol. VI, pp. 775-782.

(15) *Opinions of Commissionners*, 1929, p. 94 ; R.S.A., vol. IV, p. 391 ; A.J. I.L., 1929, p. 466.

cain prétendait qu'il s'agissait en la circonstance d'actes de soldats isolés agissant contre les ordres de leurs supérieurs et dont il n'avait, par conséquent, pas à répondre. Le président de la Commission des réclamations rejeta ce point de vue et se prononça dans le sens d'une « responsabilité objective » : bien que des actes inautorisés et illégaux ne puissent pas être considérés comme des actes étatiques, les nécessités des relations internationales exigent néanmoins que les Etats puissent être internationalement responsables pour de tels actes. En effet, selon le président Verzijl, le droit international a établi un critère pour déterminer les actes illégaux de fonctionnaires susceptibles d'entraîner la responsabilité de leur Etat : « Il faut ... que, en agissant, ils aient usé de pouvoirs ou de moyens propres à leur qualité officielle. » (16). Appliquant ce principe au différend dont il était saisi, M. Verzijl déclara le Mexique responsable pour les actes commis par ses agents grâce aux moyens mis à leur disposition par l'Etat : « Les deux officiers, même s'ils doivent être censés avoir agi en dehors de leur compétence, ce qui n'est nullement certain, et même si leurs supérieurs ont lancé un contre-ordre, ont engagé la responsabilité de l'Etat, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition. » (17).

Un autre exemple très net d'abus des moyens de la fonction nous est fourni par l'affaire Gust Adams, tranchée le 21 juin 1933 par la Commission mixte Etats-Unis - Panama. Un policier panaméen, entrant dans un débit de boisson et avisant un consommateur américain, demanda à celui-ci de lui avancer quelque argent. Devant le refus, jugé offensant, de l'étranger, le policier lui asséna sur la tête un coup de matraque, lui causant ainsi des blessures assez sérieuses. Bien qu'il eût été par la suite exclu des cadres de la police et condamné à quelques semaines d'emprisonnement, la Commission estima que ce n'était pas suffisant; car, « pour un agent de police armé et en uniforme, demander de l'argent à un voyageur et le frapper d'une matraque lorsque celui-ci refuse, est quelque chose de grave ». Condamnant le gouvernement panaméen à verser des dommages-intérêts, la Commission ne devait pas s'arrêter au point de savoir « si la règle concernant la responsabilité pour les actes de police s'applique dans un cas comme celui-ci, alors que l'agent, en service et en uniforme, commet un acte manifestement en dehors de sa compétence et sans aucun rapport avec son devoir de protection » (18). La responsabilité de l'Etat était donc admise essentiellement sur la base du critère de l'abus des moyens de la fonction par l'agent de police en cause. La matraque (instrument du

(16) Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 221.
(17) *Ibid.*, p. 222.
(18) Hunt, *Report*, pp. 275-309.

service) avait ici permis la réalisation du dommage. La jurisprudence admet donc la responsabilité sur une base nettement objective, en usant de ce critère.

Notons que, bien souvent, le critère de l'abus des moyens de la fonction est appelé à jouer lorsque l'on se trouve en présence de fautes personnelles commmises par des officiers de marine. Nous aurons l'occasion de voir un certain nombre d'exemples, dans le titre suivant, lorsque nous examinerons l'influence de la nature de la fonction exercée par l'agent. Citons déjà cependant l'incident de l' « Ancona », où un commandant de la marine de guerre britannique fit délibérément ouvrir le feu sur le port de Cap-Haïtien, sans avoir reçu aucun ordre en ce sens, abusant ainsi des moyens de la contrainte armée dont il disposait (19).

Il en va également ainsi lorsque des militaires, qui ne se trouvent pas en service commandé, utilisent pour leurs besoins personnels des véhicules appartenant à l'Armée. Avec le développement de la circulation automobile, on a, en effet, assisté à un accroissement des réclamations internationales en ce domaine.

Bien souvent, sans vouloir admettre leur responsabilité, les gouvernements dont relevaient les militaires auteurs des dommages ont cependant été amenés à verser une indemnité de courtoisie, comme un « acte de grâce », « *as an act of grace* », comme disent les Anglo-Saxons.

Ainsi, dans l'affaire Tucker, entre l'Angleterre et les Etats-Unis, le secrétaire d'Etat américain estima, en 1927, « que le gouvernement est moralement responsable en pareil cas » (20). S'il y a reconnaissance d'une certaine « responsabilité morale », c'est, à n'en pas douter, parce que l'acte dommageable a été commis avec un moyen ou un instrument de la fonction.

En fait, on peut dire qu'il y a tout de même, en pareil cas, une certaine forme de responsabilité, au sens juridique, puisque l'Etat dont relève l'auteur du dommage verse une certaine somme à titre de compensation. Et ce n'est certainement pas parce qu'il exécute spontanément son « obligation de réparer » qu'il n'y a pas de responsabilité.

(19) Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, p. 188.

(20) Hackworth, *Digest*, vol. V, pp. 583-584. Voir également l'affaire Jones entre les Etats-Unis et la République dominicaine ; Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 658.

Section II

LES CONDITIONS D'APPLICATION DU CRITERE DE L'ABUS DES MOYENS DE LA FONCTION

Nous venons de constater que l'Etat est internationalement responsable chaque fois qu'il s'agit d'un acte qui ne se serait pas produit et n'aurait même pas pu normalement se produire, s'il n'avait eu pour auteur un agent public abusant des moyens qu'il tient de sa fonction, alors même que cet agent a manifestement agi en dehors des limites apparentes de la fonction.

Si tel est le principe, il faut toutefois reconnaître qu'il n'est pas toujours applicable en tant que tel. Il peut, en effet, arriver que l'étranger lésé, en présence de l'illégalité manifeste de l'action de l'agent étatique, ait eu la possibilité d'éviter le dommage. Il se peut aussi que ce soit le comportement de la victime elle-même qui ait été à l'origine de l'acte dommageable. Dans l'un et l'autre cas, l'Etat ne saurait évidemment être tenu pour responsable.

L'application du critère de l'abus des moyens de la fonction est donc subordonnée à deux conditions : il faut, en premier lieu, que le dommage revête un caractère inévitable, malgré l'irrégularité manifeste de l'acte dommageable; il est, en second lieu, nécessaire que l'acte dommageable soit indépendant par rapport au comportement de l'étranger victime du dommage. Telles sont les deux conditions d'application que nous allons successivement examiner.

§ 1. — Le caractère inévitable du dommage.

Cette première exigence fut mise en avant dans la sentence de l'arbitre Lieber, à l'occasion de l'affaire Speyers entre les Etats-Unis et le Mexique. Le gouvernement mexicain avait saisi certaines marchandises importées des Etats-Unis, sous le prétexte que leur importation était illégale. Or, celle-ci, avait été faite conformément aux règlements édictés par le commandant militaire local. Le gouvernement mexicain soutenait que le commandant militaire n'avait pas le pouvoir d'édicter des règlements relatifs à l'importation de marchandises, qu'en conséquence l'importation considérée était illégale et que les marchandises avaient fait l'objet d'une saisie régulière. Dans ces conditions, l'incompétence du commandant militaire était apparente; il avait agi en abusant des moyens de sa fonction. Cependant, les étrangers n'avaient d'autre possibilité que de se conformer aux règlements qu'il

avait édictés; car ces règlements s'imposaient à eux. Les étrangers n'avaient pas, en effet, qualité pour discuter la compétence du commandant militaire local et étaient obligés de respecter les règlements qu'il avait jugé bon d'adopter. Ils ne pouvaient donc éviter le dommage causé par l'intervention du gouvernement central, qui avait considéré comme illégaux les règlements édictés par son agent local. Dès lors, il y avait lieu à responsabilité. L'arbitre Lieber se prononça en ce sens et déclara le Mexique internationalement responsable des conséquences dommageables de la saisie, estimant qu'il était possible d'appliquer à l'autorité militaire, en l'espèce, les principes concernant les gouvernements de fait. En outre, il fit appel à la règle « *Nemo ad impossibilia obligatur* » (21).

Le principe en vertu duquel « A l'impossible nul n'est tenu » devait être également retenu par la Conférence de codification de La Haye. En effet, la Troisième Commission accepta la proposition du gouvernement suisse, selon laquelle « la responsabilité internationale de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un Etat résulte d'actes contraires aux obligations internationales accomplis par des fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle. Toutefois, la responsabilité internationale de l'Etat ne sera pas engagée, si l'incompétence du fonctionnaire était si manifeste que l'étranger devait s'en rendre compte et pouvoir, de ce fait, éviter le dommage » (22).

M. Paul Guggenheim estime, de la même façon, que « la collectivité n'est cependant pas responsable lorsque l'incompétence de l'organe était si *manifeste* que le sujet lésé pouvait s'en rendre compte et, de ce fait, éviter le dommage » (23).

L'appréciation du caractère inévitable du dommage doit être faite pour chaque cas d'espèce. On ne saurait ici poser de règles générales. Il ne semble pas possible de déterminer abstraitement cette « inévitabilité »; il est nécessaire de l'apprécier en fonction des circonstances propres à chaque affaire.

On peut affirmer cependant que ce caractère inévitable du dommage est indiscutable lorsque l'on se trouve en présence d'actes dommageables commis par des agents étatiques qui sont dotés des moyens de la contrainte armée. En effet, le dommage causé à un étranger par un militaire ou un policier qui fait usage de ses armes est généralement inévitable. Dès lors, le critère de l'abus des moyens de la fonction est susceptible d'application. Encore faut-il que l'étranger

(21) MOORE, *Arbitrations*, vol. III, p. 2868.

(22) Actes de la Conférence, vol. IV, Procès-verbaux de la 3e Commission, p. 238.

(23) P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 1954, tome II, p. 6.

réclamant n'ait pas lui-même provoqué l'acte dommageable de l'agent étatique.

§ 2. — L'indépendance de l'acte par rapport au comportement de la victime.

Tous les systèmes juridiques admettent à des degrés divers, que la faute commise par la victime d'un dommage constitue une cause exonératoire de responsabilité. Ce principe doit également s'appliquer dans le régime de la responsabilité internationale de l'Etat pour faute personnelle d'un agent. Certes, cette condition, qui exige que l'acte dommageable soit indépendant par rapport au comportement de la victime, ne s'applique pas exclusivement au critère de l'abus des moyens. Toutefois, dans la mesure où elle trouve également un terrain d'application en ce domaine, il est nécessaire d'en tenir compte.

Lorsqu'il est établi qu'une faute commise par l'étranger lésé a été à l'origine de la réalisation du dommage, cette faute est la cause même du fait dommageable; et l'on se trouve alors en présence d'une simple « querelle » entre deux individus particuliers, dont l'un est un agent public et l'autre un étranger.

Qu'est-ce qu'un comportement fautif de la part de l'étranger lésé ? Quelles conséquences doit-on en tirer ?

Si l'étranger a véritablement été à l'origine de l'acte dommageable, il ne peut, de toute évidence, s'en prendre qu'à lui-même. Il se peut, en effet, qu'il ait eu une attitude telle que l'agent étatique ne pouvait pas ne pas commettre l'acte dommageable considéré. Plus encore : le réclamant peut, par son comportement, avoir poussé l'agent public à commettre la faute personnelle qui a entraîné le préjudice dont se plaint l'étranger. Le comportement de ce dernier ayant été la cause directe et immédiate de l'acte dommageable, la faute de l'agent étatique est, semble-t-il, effacée par celle de la victime.

L'appréciation du comportement effectif de l'étranger lésé, au moment où il subit le dommage, est donc de première importance. C'est pourquoi la jurisprudence internationale recherche très fréquemment s'il y a eu, de la part de l'étranger qui se plaint du dommage, une faute de nature à justifier ou à expliquer l'acte dommageable commis par l'agent étatique et, par là, à exonérer l'Etat de toute responsabilité. C'est à cette recherche que devait se livrer le surarbitre Thornton dans l'affaire Frédéric Bronner, entre les Etats-Unis et le Mexique. Et, dans sa sentence rendue le 4 novembre 1874, il devait relever que « le réclamant avait pris des précautions plus grandes que celles habituellement prises », qu'il n'y avait eu, de la part du réclamant, « aucune intention de frauder » et qu'en conséquence aucune faute

ne pouvait lui être reprochée, qui aurait exonéré l'Etat de sa responsabilité (24).

Le Président de la Commission américano-mexicaine, le Dr Sindballe, devait également considérer, dans sa sentence Peter Koch rendue le 18 octobre 1928, que le fait pour un étranger de résister à un assaut donné de nuit à son bateau par des fonctionnaires des douanes non revêtus de leur uniforme ne constituait nullement une faute de sa part, dans la mesure où il avait pu croire qu'il se trouvait en présence de voleurs (25).

Il semble donc que la bonne foi de l'étranger victime du dommage soit très souvent présumée.

Cependant, même dans le cas où cette condition de bonne foi n'est pas intégralement remplie, l'arbitre international n'en déduit pas toujours l'absence de responsabilité internationale de l'Etat. C'est notamment ce qui ressort de la sentence Gust Adams rendue en 1933. La Commission mixte, après avoir relevé que l'agent étatique « pouvait avoir agi sous l'empire d'une colère provoquée par des propos offensants », estima néanmoins que le comportement du réclamant n'avait pas été la cause génératrice et unique du dommage subi (26). L'acte dommageable était, en fait, indépendant par rapport au comportement de la victime.

Pour que l'Etat puisse être exonéré de sa responsabilité, il faut donc que le comportement de la victime ait été la cause directe de l'acte dommageable. On pourrait peut-être ajouter une autre condition : qu'il y ait eu une certaine proportion entre le comportement de l'étranger victime du dommage et l'acte de l'agent auteur du dommage, comme semble le suggérer l'affaire Adams précitée. Cependant, à défaut de décision de jurisprudence vraiment nette en ce sens, il paraît difficile de s'avancer jusque là.

L'étranger lésé peut bien avoir commis une faute — et c'est ce qui se passe en fait assez souvent; mais cette faute ne sera retenue par le juge ou l'arbitre international que si l'on peut la considérer comme la cause directe et immédiate de l'action de l'agent étatique. Il ne sera pas tenu compte du comportement fautif de l'étranger lésé, lorsque la faute commise par lui n'aura exercé aucune influence sur la réalisation du dommage.

Toutefois, si le comportement de l'étranger a été partiellement à l'origine du fait dommageable, on pourra le considérer comme cons-

(24) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3134. Voir également l'affaire Wilson (Etats-Unis-Mexique), 23 janvier 1850 ; Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3021.
(25) A.D., 1927-1928, pp. 237-238.
(26) Hunt, *Report*, p. 304.

tituant une circonstance atténuante. C'est ainsi que la Commission générale mexico-américaine de 1923 a admis, dans les affaires Garcia and Garza et Kling, que la faute imputable à l'étranger lésé « doit influer sur le montant de la réparation à laquelle il a droit » (27).

(27) R.S.A., vol. IV, pp. 119 et 575.

TITRE II

LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES OU ATTENUANTES DE RESPONSABILITE

Une remarque préliminaire s'impose : il est inhabituel de parler de « circonstances aggravantes ou atténuantes » en matière de responsabilité internationale. Ce sont là des notions que l'on rencontre essentiellement en droit interne, dans le domaine de la responsabilité pénale. Le droit international semble, *a priori*, ne tenir compte que des causes d'exonération de responsabilité. En effet, « il y a des cas dans lesquels un acte, illicite par lui-même, ou bien ne produit pas les conséquences propres des faits illicites, ou bien perd complètement le caractère illicite, ou même représente l'exercice d'un droit qui l'emporte sur celui que ce même acte viole ou méconnait » (1).

Cependant, certaines circonstances, comme la force majeure, l'état de nécessité ou la faute de l'étranger lésé, si elles sont exonératoires de responsabilité (2), peuvent aussi quand elles ne justifient pas entièrement l'acte internationalement illicite, permettre de considérer que la responsabilité internationale de l'Etat se trouve diminuée. En ce cas, elles jouent le rôle de circonstances atténuantes.

Inversement, d'autres circonstances ont pour effet d'augmenter le degré de responsabilité de l'Etat et peuvent être ainsi qualifiées de circonstances aggravantes. Ce sera le cas, notamment, pour les dommages causés aux étrangers à l'occasion d'émeutes ou de troubles, lorsque les autorités de l'Etat ont fait preuve de négligence notoire dans

(1) Anzilotti, *Cours de droit international*, p. 506.

(2) Sur les causes d'exonération de la responsabilité, cf. L. Delbez, *Principes généraux du contentieux international*, 1962, pp. 182-189.

la prévention et la répression des actes dommageables, ou lorsqu'elles les ont purement et simplement encouragés ou favorisés.

Pourtant, nous ne nous placerons pas sur ce terrain pour juger quelles circonstances peuvent aggraver ou atténuer la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents. En raison même du caractère inhabituel de ces expressions en droit international, nous pensons pouvoir les utiliser dans un autre sens. Nous entendrons donc par là les circonstances qui ont pour effet de rendre plus facile ou, au contraire, plus difficile, l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat.

La faute personnelle commise par un agent étatique peut être plus ou moins grave. L'admission de la responsabilité internationale de l'Etat sera, dès lors, plus ou moins facile. Il est certain qu'une faute légère, sans grandes conséquences, sera plus facilement excusable qu'une faute lourde ayant provoqué des dommages considérables. D'où la nécessité de tenir compte du degré de gravité de la faute personnelle de l'agent.

Cependant, ce degré de gravité ne saurait être apprécié dans l'abstrait. En effet, il est extrêmement variable selon les agents. C'est pourquoi la jurisprudence internationale tient compte d'abord de la situation objective de l'agent, c'est-à-dire de la branche d'activité étatique au sein de laquelle il opère. Elle s'attache, en second lieu, à un élément subjectif tenant au comportement même de l'agent en cause. C'est en fonction de ces éléments réels et personnels que la responsabilité internationale de l'Etat peut être plus ou moins facilement, plus ou moins difficilement admise.

Nous envisagerons donc successivement l'influence de la *fonction de l'agent* et l'influence du *comportement de l'agent.*

CHAPITRE PREMIER

L'influence de la fonction de l'agent

Une première constatation s'impose à l'observateur : ce sont à peu près toujours les mêmes activités étatiques qui conduisent à la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat pour des fautes personnelles de ses agents. Une étude attentive de la jurisprudence et de la pratique internationales révèle que ce sont toujours les mêmes catégories d'agents qui, à la suite de fautes personnelles, causent des dommages à des étrangers et commettent des violations du droit international, donnant ainsi lieu à des réclamations de pays tiers.

Bien que l'on ne puisse pas, au niveau des principes théoriques, établir de distinction entre les agents suivant l'activité qu'ils exercent, il faut cependant noter que la « responsabilité réelle » (1) de l'Etat peut, en fait, varier selon la fonction des agents en cause.

Il y a des agents qui ont pratiquement plus de possibilités d'engager la responsabilité internationale de leur gouvernement. Certains agents étatiques sont plus fréquemment que d'autres amenés à commettre des fautes personnelles. Cela tient à la nature même de l'activité qu'ils exercent et aux moyens matériels dont ils sont munis pour remplir leur mission.

L'influence de la nature de l'activité exercée par l'agent n'est, en effet, pas niable. La jurisprudence internationale a eu plusieurs fois l'occasion de le rappeler. C'est ainsi que la Commission américano-mexicaine fit ressortir, en 1927, dans l'affaire Massey, la nécessité de prendre en considération « la nature des fonctions remplies, chaque fois qu'une question est soulevée par leur accomplissement » (2). De

(1) Cf. Hall, *International law*, 8e éd., p. 268.
(2) R.S.A., vol. IV, p. 155.

même, dans le différend turco-américain « Singer Sewing Machine », il fut précisé : « Compte doit être tenu de la nature de l'activité ou de la fonction par laquelle le dommage a été infligé. » (3).

Ce n'est cependant pas à dire que le régime de responsabilité pourra varier en fonction de chaque activité administrative. L'influence du genre d'activité ou de la nature de la fonction de l'agent se manifeste essentiellement sur la fréquence avec laquelle sont commises des fautes personnelles et sur la gravité des préjudices qui en résultent. Partant, c'est l'admission de la responsabilité internationale qui en sera affectée.

Certains agents étatiques peuvent engager la responsabilité internationale de leur gouvernement dans presque toutes les circonstances de leur vie. Cela tient au fait que leurs fonctions absorbent généralement leur vie privée d'une manière quasi-totale. Il en va notamment ainsi d'un certain nombre de fonctionnaires qui se trouvent dépositaires d'une puissance de fait. L'aspect le plus concret de ce phénomène est, à n'en pas douter, consacré par l'uniforme qu'ils portent. Souvent, ils sont en outre dotés de moyens matériels de contrainte. Aussi, la plupart du temps, ces agents étatiques agissent-ils à l'abri de l'autorité que leur confèrent l'uniforme et le port d'une arme. De plus, pour bon nombre de ces agents, le recours à la force matérielle entre dans les moyens normaux d'exécution du service qui leur est confié. L'utilisation de matraques, par exemple, est chose fréquente dans toutes les polices du monde. Les agents chargés du maintien de l'ordre, de la tranquillité et de la sécurité publiques, peuvent donc, semble-t-il, excéder relativement souvent leurs pouvoirs et engager ainsi la responsabilité internationale de l'Etat plus fréquemment que ne peuvent le faire d'autres agents, qui ne sont ni au contact direct du public, ni dotés des mêmes moyens, comme les employés de bureau d'un service administratif quelconque, par exemple.

Il convient, en outre, de constater que certains agents étatiques se trouvent plus fréquemment que d'autres au contact d'individus étrangers. De ce fait même, ils sont plus souvent amenés à léser ces étrangers, soit dans leur personne, soit dans leurs biens ou leurs intérêts, en abusant des moyens que l'autorité publique a mis à leur disposition. On est tout naturellement conduit à songer, en premier lieu, aux agents de l'Administration des douanes en service dans les régions frontalières.

Mais il en est d'autres qui détiennent des moyens matériels de contrainte bien plus puissants et apparaissent encore plus « représentatifs » de l'autorité et de la souveraineté de l'Etat. Ce sont les agents

(3) NIELSEN, *Opinions and Report*, pp. 362-363.

chargés de la défense du territoire, c'est-à-dire les membres des forces armées, navales et terrestres. Ils sont, peut-on dire, l'incarnation de l'Etat dans toute sa puissance. De ce fait même, bien souvent, les conséquences dommageables de la faute personnelle commise par un militaire outrepassant les ordres reçus seront plus graves que celles résultant du fait personnel d'un autre agent étatique. Précisément, ce sont les dommages occasionnés par les actes personnels de membres des forces armées, qui posent les problèmes les plus délicats. En effet, les règles applicables peuvent être fort différentes selon que l'on se trouve en temps de guerre ou en temps de paix. D'autre part, si les questions litigieuses soulevées par les fautes personnelles de militaires ne peuvent être évidemment résolues qu'à la lumière des principes généraux régissant les conditions de la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de ses fonctionnaires en général, il est toutefois nécessaire d'y apporter quelques réserves; car « les caractères spéciaux qui distinguent les militaires des fonctionnaires civils ne peuvent pas ne pas influer sur les conditions et l'étendue de la responsabilité que leurs actes engagent » (4). Ces caractères spéciaux que l'on s'accorde à reconnaître aux agents des forces armées vont avoir pour effet d'aggraver la responsabilité de l'Etat. Comme le notait fort justement le Professeur Cavaré, « la responsabilité de l'Etat peut être aggravée lorsque le dommage est causé par des fonctionnaires chargés des services de protection, tels que la police et l'armée » (5). Il semble cependant que l'admission de la responsabilité soit plus facile pour les membres des forces armées que pour les fonctionnaires des douanes ou les agents de police.

Enfin, la nature des fonctions exercées par les agents diplomatiques et consulaires explique fort bien le fait que la responsabilité internationale de l'Etat est encore plus facilement admise pour les fautes personnelles de ces agents. Les agents diplomatiques notamment sont des représentants permanents du pouvoir d'Etat hors des frontières nationales. Leur fonction est essentiellement de représenter leur Etat et ses intérêts. A n'en pas douter, cette fonction de représentation a pour conséquence que le diplomate peut engager son Etat dans la quasi-totalité des circonstances où il se trouve placé. Qu'il commette un acte dommageable susceptible d'être qualifié de faute personnelle, le gouvernement dont il dépend en sera très facilement rendu responsable.

(4) Opinion de M. Verzijl, président de la Commission franco-mexicaine, dans l'affaire J.-B. Caire, 7 juin 1929 ; Jurisprudence de la Commission, p. 207, R.S.A., vol. V, p. 516.

(5) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome II, p. 397.

Concernant l'admission de la responsabilité internationale pour faute personnelle, il apparaît ainsi qu'il y a une gradation, selon les catégories d'agents. C'est pourquoi nous retiendrons successivement les agents de police, les agents des douanes, les agents des forces navales, les agents des forces armées terrestres, les agents diplomatiques et consulaires.

Section I

LES AGENTS DE POLICE

Les agents de police sont parfois conduits à excéder leurs pouvoirs et à commettre des fautes qui finissent par perdre tout lien avec l'objet du service de protection et de maintien de l'ordre qui leur incombe. Profitant de la situation de supériorité où les place leur fonction, certains agents de la force publique abusent des moyens mis à leur disposition par l'autorité étatique. Les réclamations internationales auxquelles ont pu donner lieu ces abus de pouvoir, sont innombrables.

La plus ancienne, à notre connaissance, l'affaire Mathweof, entre l'Angleterre et la Russie, remonte au début du XVIII[e] siècle. En 1708, Mathweof, ambassadeur du Tzar à la Cour de Londres, fut assailli et arrêté sans motif apparent par des exempts de police, nonobstant sa qualité de représentant diplomatique. Il n'entrait évidemment pas dans les attributions des exempts de police de s'attaquer aux étrangers sans raison plausible, et encore moins au représentant officiel d'une puissance étrangère. L'Angleterre fit donc les réparations d'usage (6).

Depuis lors, la jurisprudence internationale a eu de nombreuses occasions de préciser les conditions dans lesquelles des agents étatiques chargés du maintien de l'ordre public interne peuvent engager la responsabilité internationale de leur gouvernement en commettant des fautes personnelles.

Un examen des principales sentences arbitrales rendues en cette matière, tend à prouver que l'on exige un certain degré de gravité de la faute commise par les agents, pour que puisse être engagée la responsabilité de leur Etat. C'est ainsi qu'en 1850, dans l'affaire Bensley, le Mexique fut déclaré responsable vis-à-vis des Etats-Unis de l'acte d'un « alcade » qui avait irrégulièrement saisi les mules du propriétaire d'un cirque, en recourant à la menace de ses armes (7). Il y

(6) Cf. Karl von MARTENS, *Causes célèbres du droit des gens*, Leipzig, 1858-1861, vol. I, pp. 47-74.

(7) MOORE, *Arbitrations*, vol. III, p. 3016.

avait eu faute personnelle de ce fonctionnaire, en ce qu'il n'était pas habilité à procéder à cette saisie. Cette faute était aggravée par la circonstance que l'agent de police avait eu recours à la menace de ses armes pour commettre cet acte non autorisé.

C'était également la conduite soi-disant fautive d'agents de police qui était à l'origine du conflit opposant la Grande-Bretagne et le Brésil, dans l'affaire de la frégate « Forte » tranchée le 18 juin 1863 par une sentence du roi des Belges, Léopold Ier (8). Des officiers anglais de la frégate « Forte », mouillée en rade de Rio-de-Janeiro, étaient descendus à terre en permission et se promenaient en civil, non loin du port, lorsqu'ils eurent une altercation avec un agent de police brésilien. Ils furent maltraités et conduits en prison. Selon les autorités britanniques, il s'agissait là d'un « traitement injurieux... infligé de gaieté de cœur, sans preuves d'un délit sérieux ». D'après la version de la police brésilienne, les officiers britanniques étaient ivres et avaient provoqué l'incident; de plus, rien dans la conduite des agents brésiliens ne révélait une intention malveillante. L'arbitre estima « que les officiers, lors de leur arrestation, n'étaient pas revêtus des insignes de leur grade, et que, dans un port fréquenté par tant d'étrangers, ils ne pouvaient prétendre à être crus sur parole lorsqu'ils déclaraient appartenir à la marine britannique, tandis qu'aucun indice apparent de cette qualité ne venait à l'appui de leur déclaration; que, par conséquent, une fois arrêtés, ils devaient se soumettre aux lois et règlements existants et ne pouvaient être admis à exiger un traitement différent de celui qui eût été appliqué dans les mêmes conditions à toutes autres personnes... » Il n'y eut pas lieu à responsabilité internationale, les policiers brésiliens n'ayant pas commis de faute : il n'y avait pas eu de discrimination dans le traitement des officiers britanniques, comme le prétendait leur gouvernement.

La même année devait être jugée l'affaire de l'Eliza, dont l'une des causes avait été l'attitude d'un « marshall » des Etats-Unis qui, par une série de fautes successives, avait empêché l'exécution d'un jugement obtenu par un ressortissant péruvien (9). Cette fois, il y eut affirmation de la responsabilité internationale du gouvernement américain.

Bien souvent, on se trouve en présence d'actes désobligeants et vexatoires commis par des policiers à l'égard de ressortissants étrangers (10).

(8) R.A.I., tome II, pp. 230-242 ; note doctrinale d'E. Catellani, pp. 243-248.

(9) R.A.I., tome II, p. 270 et s. Voir également l'affaire Donoughho (Etats-Unis-Mexique), 1er avril 1876, Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3012 ; affaire Lattimer (Etats-Unis-Autriche-Hongrie). 1899, Whiteman, *Damages*, vol. I, pp. 754-755.

(10) Voir l'affaire Leichardt, Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3133 et l'affaire Charles B. Smith, Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3146. Voir également l'affaire Maal (Pays-Bas-Vénézuéla), 1903, Ralston, *Venezelian arbitrations*, p. 914.

Il est bien évident qu'il s'agit généralement d'actes fautifs commis dans les limites apparentes des fonctions de l'agent, mais qui n'étaient cependant pas impliqués par ces fonctions.

La faute personnelle de l'agent de la force publique peut avoir parfois, de graves conséquences : c'est ainsi, par exemple, que les Etats-Unis furent déclarés responsables, le 16 novembre 1926, dans l'affaire Quintanilla, pour le meurtre d'un ressortissant mexicain causé par la faute d'un « deputy-sheriff » (11).

Par un arbitrage rendu le 6 juillet 1933, à Washington, James J. Lenihan trancha l'affaire James Pugh, opposant la Grande-Bretagne à Panama (12). L'arbitre, constatant que les agents de police étaient investis d'un certain nombre de pouvoirs en vue de maintenir l'ordre, déclara qu'un recours raisonnable à la force et, notamment, un usage modéré de la matraque, entrait dans les attributions normales de ces agents.

Il semble donc que l'on exige une faute d'une certaine gravité pour les activités de police qui présentent toujours des difficultés particulières. Autrement dit, l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat en cas de fautes personnelles de ses agents de police sera entourée de conditions assez sévères. La Commission de réclamations turco-américaine, instituée par un accord du 24 décembre 1923, devait ainsi noter, dans la sentence qu'elle rendit en 1934 concernant l'affaire Malamatinis, qu' « il n'y a pas une reconnaissance de responsabilité aussi nette pour les actes des autorités de police que ... pour les actes des membres d'une force armée gouvernementale » (13).

A côté de cette première catégorie d'agents, il y en a d'autres qui se trouvent au contact quasi-permanent de ressortissants étrangers. Ce sont tous ceux qui, postés aux frontières, ont la charge de préserver les intérêts économiques et financiers de l'Etat.

Section II

LES AGENTS DES DOUANES

L'administration des douanes est, dans chaque pays, chargée de la perception de taxes sur les marchandises, produits et denrées, à leur entrée et à leur sortie du territoire national. Certains agents étatiques se voient ainsi conférer le pouvoir de percevoir des droits à l'importation ou à l'exportation de marchandises, et sont chargés de

(11) B.Y.B., 1927, p. 185 ; R.S.A., vol. IV, p. 101.
(12) R.S.A., vol. III, p. 1446 ; R.G.D.I.P., 1934, pp. 2 et 4, note Rousseau.
(13) Opinions and Report, p. 608 ; Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 575.

veiller à ce que des importations ou des exportations prohibées n'aient pas lieu au préjudice de l'Etat ou du Trésor public.

Dans certains cas, ces fonctionnaires sont autorisés à procéder à des confiscations ou à des saisies sur des produits importés ou que l'on tente d'exporter en fraude. Celles-ci peuvent cependant se révéler parfaitement injustifiées, voire même illégales (14). La responsabilité internationale de l'Etat pourra, de ce fait, se trouver engagée.

Il semblerait, au vu de la jurisprudence, que la responsabilité internationale de l'Etat soit plus facilement admise pour les faits personnels des agents des douanes que pour ceux des agents de police. Sans doute faut-il en trouver la raison dans le fait que les actes des fonctionnaires des douanes ont généralement de graves conséquences. Mais il est également nécessaire de tenir compte de la circonstance que les douaniers sont de façon quasi-permanente au contact d'étrangers; de ce fait, les incidents peuvent être plus fréquents, au lieu que les policiers n'ont généralement affaire à des ressortissants étrangers que de façon épisodique.

C'est ainsi que la République argentine se vit condamnée à verser une indemnité au gouvernement français, par une sentence en date du 19 mars 1864, pour l'acte personnel d'un administrateur des douanes qui, abusant de ses attributions, avait illégalement exigé le paiement de droits et avait procédé à la saisie de biens appartenant à un ressortissant français, le sieur Lacaze (15). La Commission affirmait que les pouvoirs attribués aux administrateurs de la douane « ne peuvent être exercés que conformément aux dispositions des lois générales ». Or, le gouvernement argentin avait prétendu que la conduite illégale de l'administrateur de la douane ne pouvait engager que la responsabilité personnelle de ce dernier, bien que le ministre des finances d'Argentine eût couvert son subordonné. La Commission releva que « le gouvernement argentin, en admettant l'intervention diplomatique dans cette affaire et en consentant à ce qu'elle fût soumise à des arbitres, a pris à sa charge la réparation qui est due ». Les arbitres admirent la responsabilité de l'Etat argentin en se fondant sur le fait que la juridiction nationale, devant laquelle aurait dû être déféré le fonctionnaire coupable, n'était pas encore organisée et qu'ainsi, à défaut de juridiction compétente, le renvoi du réclamant devant les tribunaux internes aurait constitué un déni de justice. Avait également joué dans le sens d'une aggravation de la responsabilité la circons-

(14) Voir les affaires Callaghan et The Fair American, entre les Etats-Unis et le Mexique ,tranchées respectivement le 11 avril 1839 et le 18 juillet 1841, Moore, *Arbitrations*, vol. IV, pp. 3346 et 3369. Dans la première espèce, des douaniers mexicains avaient outrepassé leur compétence en retenant abusivement un navire américain, aux seules fins de percevoir illégalement des droits de douanes.

(15) Affaire Lacaze, R.A.I., tome II, pp. 297-298.

tance que le gouvernement avait plus ou moins couvert son subordonné et s'était, par là-même, approprié sa faute (16).

Il arrive même parfois que des douaniers se livrent à de véritables détournements de pouvoir et que, sous le prétexte de percevoir une taxe, ils tentent d'extorquer de l'argent à des individus étrangers (17). L'étranger qui se voit ainsi demander le versement d'une somme d'argent par un fonctionnaire se présentant à lui ès-qualité peut parfaitement croire que ledit fonctionnaire agit dans les limites de ses pouvoirs réglementaires et conformément aux instructions reçues, alors qu'il opère, en fait, pour son propre compte. Comme bien souvent, le refus de verser le montant d'un droit de douane est sanctionné par une amende, une confiscation ou même une peine d'emprisonnement, l'étranger aura tendance à s'exécuter; lorsqu'il s'apercevra ensuite de l'erreur où on l'a placé, il lui sera extrêmement difficile, et peut-être même impossible, de recouvrer ce qu'il avait indûment versé.

De plus, une règle généralement reconnue des différents droits internes et du droit des gens établit une présomption d'exactitude en faveur des actes de fonctionnaires. Tranchant l'affaire Shufeldt entre les Etats-Unis et le Guatémala, en 1932, l'arbitre déclarait, par exemple, que les agents étatiques devaient être présumés agir conformément à la loi (18). La note doctrinale de Lapradelle et Politis placée à la suite de la sentence du Sénat de Hambourg, du 7 février 1856, dans l'affaire Croft, entre la Grande-Bretagne et le Portugal, fait également état de cette règle : « La soumission des étrangers aux lois et autorités du pays où ils résident est un principe incontestable du droit des gens... Ce principe est basé sur la présomption que les lois et les actes des autorités locales sont conformes aux exigences du droit international » (19). De cette présomption de légalité ou de régularité des actes administratifs découle le principe de leur exécution provisionnelle. C'est la raison pour laquelle on rencontre un assez grand nombre de réclamations internationales en ce domaine. A plus forte raison, les fonctionnaires des douanes peuvent-ils engager la responsabilité internationale de leur Etat, lorsqu'un excès de zèle intempestif de leur part aboutit à la commission d'une faute qui

(16) Voir la discussion du problème de la responsabilité internationale de l'Etat à raison d'actes dommageables commis par ses agents contrairement aux lois ou entachés d'excès de pouvoir, dans la note doctrinale, R.A.I., tome II, pp. 300-303.

(17) Voir les affaires The Industry (Etats-Unis-Mexique), 23 février 1842, MOORE, *Arbitrations*, vol. III, p. 3045, et Only Son (Etats-Unis-Angleterre), 23 décembre 1854, MOORE, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3404.

(18) HACKWORTH, *Digest*, vol. V, p. 561.

(19) R.A.I., tome II, p. 31.

leur est purement personnelle. Cet excès de zèle les emporte parfois à poursuivre, par exemple, un fugitif sur le territoire de l'Etat voisin. Ainsi, en 1883, deux douaniers autrichiens violaient le territoire suisse en pénétrant dans le Canton des Grisons. En 1886, des douaniers italiens pénétraient également frauduleusement en Confédération helvétique près de Novazanno (20).

Il leur arrive parfois de se dissimuler, de recourir à la ruse, voire même de quitter leur uniforme. L'étranger n'est pas alors obligé de savoir qu'il a affaire à des agents de la douane. Le 18 octobre 1928, la Commission générale des réclamations mexico-américaines était ainsi amenée à juger l'affaire Peter Koch (21). Des douaniers mexicains, qui n'étaient pas en uniforme, avaient abordé de nuit, dans un port, le bateau du réclamant, le suspectant de se livrer à un trafic de contrebande. Croyant avoir affaire à des voleurs, Koch voulu mettre en marche le moteur du bateau. Il fut alors traité de manière brutale et placé en état d'arrestation. Le président de la Commission, le Dr Sindballe, déclara le Mexique responsable des conséquences dommageables de la conduite fautive de ses agents. Deux ans plus tard, le 8 octobre 1930, cette même Commission sanctionnait un nouvel abus de pouvoir de douaniers mexicains, à l'occasion de l'affaire Louis Chazen (22).

D'autres agents étatiques peuvent commettre des fautes personnelles dont les conséquences dommageables sont beaucoup plus graves, parce qu'ils disposent de moyens plus importants. Ce sont tous ceux qui font partie des forces navales de l'Etat.

Section III

LES AGENTS DES FORCES NAVALES

Il convient de distinguer ici, selon que ces agents commettent une faute personnelle dans les eaux intérieures ou territoriales de l'Etat, en haute mer, ou dans un port étranger.

§ 1. — Dans les eaux intérieures ou territoriales de l'Etat.

Il arrive parfois que les agents de la capitainerie d'un port ou de la police maritime outrepassent les pouvoirs qui leur sont générale-

(20) Cf. R.G.D.I.P., 1906, p. 204.
(21) Opinions of Commissionners, 1929, pp. 118-120 ; A.D., 1927-1928, p. 237.
(22) Opinions of Commissionners, 1931, pp. 20-35 ; R.S.A., vol. IV, p. 564 ; Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 603.

ment reconnus et engagent ainsi la responsabilité internationale de leur Etat. Ceci semble toutefois relativement peu fréquent; et l'on ne peut guère citer, comme exemple vraiment net, que l'affaire du « William Lee », entre les Etats-Unis et le Pérou, tranchée le 27 novembre 1863 par la Commission mixte de Lima (23).

En septembre 1855, le baleinier américain « William Lee » s'apprêtait à quitter le port péruvien de Tumbez pour une campagne de pêche. Le commandant du navire s'était muni des papiers nécessaires délivrés par la douane et le gouverneur. Le capitaine du port refusa toutefois de laisser partir le navire, sous prétexte que le patron devait de l'argent à deux marins péruviens. Bien que celui-ci eût prouvé qu'il avait satisfait à ses obligations et eût offert de verser une caution pour satisfaire toutes les demandes légitimes qui pourraient encore se présenter, le capitaine du port persista dans son refus de laisser partir le « William Lee ». Il ne consentit à délivrer son congé au navire que le 22 décembre, c'est-à-dire longtemps après le début de la campagne de pêche. Durant ce séjour forcé de trois mois dans le port, certaines parties du navire avaient été détériorées. Le Pérou reconnut le principe de sa responsabilité pour les dommages résultant de l'action de son agent, mais n'accepta pas le montant de l'indemnité réclamée, qui fut, en conséquence, établi par la Commission mixte de Lima. Le refus du capitaine du port de Tumbez de laisser partir le « William Lee » constituait bien un acte personnel, détachable de ses fonctions, dans la mesure où cet agent semblait avoir été animé d'une intention malveillante à l'égard du commandant du navire. Seuls des griefs personnels vis-à-vis de celui-ci pouvaient, en effet, expliquer la conduite de l'officier de port.

Cette espèce semble constituer un précédent à peu près isolé dans la pratique internationale. Néanmoins, on peut également se demander si la célèbre affaire du « Mermaid », entre l'Espagne et la Grande-Bretagne, n'entre pas dans cette catégorie (24). Dans sa sentence du 28 février 1869, la Commission d'arbitrage, instituée par une convention du 4 mars 1868, devait conclure à la responsabilité internationale de l'Espagne, en raison d'une maladresse de tir commise par les autorités espagnoles du fort de Ceuta qui avaient coulé le schooner anglais « Mermaid », alors que celui-ci s'apprêtait à franchir le détroit de Gibraltar. La note de Lapradelle-Politis se borne à relever que « chaque Etat est libre de régler dans ses eaux territoriales, comme dans ses ports, le cérémonial imposé aux navires étrangers vis-à-vis de ses propres navires ou de ses forteresses... Cette liberté de l'Etat côtier n'exclut pas sa responsabilité internationale, à raison de la

(23) Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3405 ; R.A.I., tome II, p. 282.
(24) R.A.I., tome II, pp. 491-497.

manière dont les règles sur le cérémonial sont appliquées aux navires étrangers : l'Etat n'est pas seulement responsable de la malveillance de ses agents, il doit aussi répondre de leur simple maladresse ». A n'en pas douter, la maladresse des artilleurs du fort espagnol avait été telle, les conséquences de leur erreur de tir avaient été si importantes, que leur acte pouvait revêtir le caractère de fait personnel. En effet, même si le capitaine du schooner britannique n'avait pas respecté le règlement lui imposant de montrer ses couleurs dès le premier coup de sommation, les règles sur le cérémonial n'autorisaient pas les agents espagnols à couler le navire.

Bien plus fréquentes apparaissent, au contraire, les instances au cours desquelles les Etats ont été déclarés responsables de fautes personnelles commises en haute mer par des officiers de marine.

§ 2. — En haute mer.

Ces incidents résultent généralement d'atteintes portées au principe général de la liberté des mers et de violations de la loi du pavillon.

Une des meilleures illustrations que puisse fournir la jurisprudence internationale en ce domaine est, sans conteste, constituée par l'affaire « The Jessie », entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, tranchée le 2 décembre 1921 par une Commission instituée en vertu d'une convention du 18 août 1910 (25). Une goëlette anglaise chassant des loutres de mer dans le Pacifique Nord fut abordée par un navire garde-côtes des Etats-Unis. Des armes à feu se trouvant à bord de la goëlette furent placées sous scellés, et l'officier de marine américain ordonna que les scellés ne seraient point levés tant que le bateau anglais resterait entre certaines latitudes. La Commission anglo-américaine déclara : « C'est un principe fondamental du droit maritime international que, sauf convention spéciale ou en temps de guerre, l'interception par un navire de guerre d'un bateau étranger se livrant à une activité légale en haute mer est injustifiable et illégale, et constitue une violation de la souveraineté du pays dont le bateau porte le pavillon. » Or, à l'époque où l'abordage incriminé avait eu lieu, il n'existait aucun accord autorisant les autorités navales américaines à intercepter, comme elles l'avaient fait en l'espèce, des goëlettes britanniques. L'officier de la marine américaine avait, en conséquence, manifestement excédé ses pouvoirs et son acte était entaché d'illégalité. Les

(25) Nielsen, *Report*, p. 479 ; R.S.A., vol. VI, p. 57 ; A.J.I.L., 1922, p. 114. Voir également l'affaire « Alliança », concernant l'attaque d'un navire postal américain, en 1895, par une canonnière espagnole, Moore, *Digest*, vol. II, p. 908.

Etats-Unis déclinaient leur responsabilité pour cet acte contraire à la fois au droit international et au droit interne américain, déclarant qu'ils n'avaient pas à répondre des erreurs de jugement que pouvaient commettre leurs agents. Le tribunal arbitral estima cependant que l'acte de l'officier américain constituait une violation du principe de la liberté des mers et de la souveraineté de l'Etat du pavillon et que le gouvernement des Etats-Unis était responsable de cette violation du droit international de la mer, nonobstant le fait qu'elle résultait d'une faute personnelle d'un agent. En effet, « tout gouvernement est responsable, vis-à-vis des autres Etats, des erreurs de jugement de ses fonctionnaires ayant la prétention d'agir dans les limites de leurs fonctions et investis de pouvoirs de nature à imposer leurs prétentions » (26).

Quelques jours plus tard, le 9 décembre 1921, cette Commission affirmait encore la responsabilité des Etats-Unis dans les affaires « The Wanderer » (27) et « The Favourite » (28). Il ne s'agissait plus, cette fois, d'un exercice illégal et abusif du droit de visite en haute mer, mais de la saisie pure et simple de navires anglais se livrant à la chasse aux phoques dans la Mer de Behring. Le motif invoqué était la détention d'armes et de munitions non déclarées, cachées à bord de ces navires, et non le fait qu'ils auraient chassé le phoque dans une zone interdite. Or, aux termes d'un accord passé entre les Etats-Unis et l'Angleterre en 1894 — « The Behring Sea Award Act » — seul ce dernier motif autorisait les autorités navales américaines à procéder à des saisies de navires britanniques. Aussi, constatant que les saisies incriminées avaient été effectuées pour une raison non prévue par cet accord, la Commission déclara qu'il y avait eu « exercice impropre d'autorité » par les officiers de marine américains, à la suite de cette erreur dans les motifs. Le gouvernement américain dut réparer les conséquences de cette lourde erreur de jugement de la part de ses agents.

A propos de ces trois affaires, et spécialement au sujet de la première d'entre elles, on peut se demander si la faute commise en haute mer n'est pas, en définitive, analogue à l'acte dommageable com-

(26) Voir également l'affaire « The Coquitlam » tranchée par la même Commission le 18 décembre 1920 ; NIELSEN, *Report*, p. 447 ; R.S.A., vol. VI, p. 45 ; A.J.I.L., 1921, p. 301. Voir aussi l'affaire « The Tampen » (1936), dans laquelle un navire de commerce norvégien avait fait l'objet de visites et de perquisitions réitérées de la part d'un garde-côtes américain qui le soupçonnait à tort de se livrer à la contrebande d'alcool. Les Etats-Unis reconnurent d'emblée leur responsabilité et versèrent une indemnité à titre de réparation ; cf. HACKWORTH, *Digest*, vol. V, p. 561. Dans le même ordre d'idées, affaire du « Cape Horn Pigeon », entre les Etats-Unis et la Russie, tranchée le 29 novembre 1902 par un arbitrage de M. Asser, membre du Conseil d'Etat des pays-Bas ; R.S.A., vol. IX, p. 63.

(27) NIELSEN, *Report*, p. 459 ; R.S.A., vol. VI, p. 68 ; A.J.I.L., 1922, p. 305.

(28) NIELSEN, *Report*, p. 515 ; R.S.A., vol. VI, p. 82 ; A.J.I.L., 1922, p. 301.

mis à l'étranger. Certes, dans la mesure où il y a violation de la loi du pavillon, on peut dire qu'il y a, par là même, atteinte à la souveraineté d'un Etat étranger, non pas en raison d'une prétendue « territorialité du navire », mais parce que tout navire est, selon l'expression de G. Gidel, une « communauté organisée » placée sous le contrôle exclusif de l'Etat dont il arbore le pavillon. On ne saurait, en effet, prendre à la lettre la formule utilisée par la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, relatif à l'affaire du « Lotus » : « Le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'Etat dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet Etat y fait valoir son autorité, et aucun autre Etat ne peut y exercer la sienne. » (29).

Cependant, dans la mesure où l'acte dommageable constitue en même temps une infraction au principe de la liberté de la haute mer, on ne saurait le concevoir comme une atteinte à une souveraineté étrangère. Aucun Etat ne possède, en effet, de compétence exclusive sur la haute mer, qui est un domaine de compétences concurrentes, un domaine véritablement international (30) ; l'Etat n'y a de compétence exclusive que sur son navire. En conséquence, comme l'a affirmé la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt précité, « en vertu du principe de la liberté de la mer, c'est-à-dire de l'absence de toute souveraineté territoriale en haute mer, aucun Etat ne peut y exercer des actes de juridiction quelconques sur des navires étrangers ». C'est pourquoi la faute dommageable commise en haute mer par un agent des forces navales d'un Etat doit plutôt être considérée comme une entrave au libre exercice du droit que possède tout Etat d'utiliser la haute mer sous toutes ses formes, c'est-à-dire, comme une entrave à la libre utilisation d'un domaine affecté à l'usage public international (31).

Aussi, à côté des fautes personnelles que les officiers de marine peuvent commettre en haute mer, convient-il d'envisager celles qu'ils peuvent accomplir dans les ports étrangers, en portant cette fois directement atteinte à la souveraineté territoriale d'un Etat.

(29) C.P.J.I., série A, n° 10, p. 25.

(30) Aux termes de l'article 10 de la Convention de Genève du 29 avril 1958, sur la haute mer : « La haute mer étant ouverte à toutes les nations, aucun Etat ne peut légitimement prétendre en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté. »

(31) La Convention de Genève énumère les 4 libertés de la haute mer : la liberté de navigation, la liberté de la pêche, la liberté de poser des câbles et des pipes-lines sous-marins, la liberté de survol, en précisant toutefois que « ces libertés, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international, sont exercées par tous les Etats en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres Etats » (art. 10, *in fine*).

§ 3. — Dans un port étranger.

D'une jurisprudence internationale relativement abondante, on peut dégager le principe d'une responsabilité internationale accentuée à la charge de l'Etat pour les fautes personnelles des membres de sa flotte, commises à l'occasion d'une visite dans un port étranger (32).

Il faut toutefois distinguer suivant que la faute personnelle est commise par des marins en permission à terre ou en service.

I. — En permission a terre.

L'évolution de la jurisprudence arbitrale tend à montrer que l'Etat peut être tenu responsable des faits personnels de ses marins commis en terre étrangère au cours d'une permission, alors même qu'on ne saurait invoquer l'apparence de fonction ni faire appel au critère de l'abus des moyens gouvernementaux. Sans doute convient-il de voir ici un effet de la courtoisie internationale, qui veut que l'Etat endosse presque tous les actes des membres de ses unités navales en visite dans un port étranger.

Le 30 novembre 1925, la Commission anglo-américaine des réclamations devait ainsi affirmer la responsabilité des Etats-Unis à raison des dommages occasionnés à la propriété de ressortissants britanniques par des membres de l'équipage du « Zafiro », bateau pourvoyeur de la flotte de l'amiral Dewey, qui se trouvait dans un port des Philippines, peu de temps après la fin de la guerre hispano-américaine (33). Alors que le navire relâchait dans le port de Cavite, l'équipage se rendit à terre en permission et pilla ou détruisit une propriété britannique sise aux environs du port. La Commission rejeta l'argument avancé par le gouvernement américain, qui prétendait qu'un Etat n'est pas responsable des faits et gestes de ses marins en permission sur une terre étrangère. La sentence était formelle : « Si les officiers s'étaient rendus à terre avec l'équipage, la responsabilité aurait été clairement établie. Mais permettre à l'équipage de se rendre à terre librement et le laisser ainsi en dehors du contrôle existant à bord du navire, nous paraît en la circonstance revenir au même. » En effet, si

(32) L'intérêt de cette question est très actuel, étant donné la fréquence des séjours des navires de la VI[e] flotte des Etats-Unis dans les ports méditerranéens. On peut se demander si la Convention de Londres du 19 juin 1951, sur le statut des forces de l'O.T.A.N., que nous analyserons dans la section suivante, est applicable aux forces navales. Sur ce point, cf. M. Voelckel, *L'application aux forces navales de la Convention de Londres du 19 juin* 1951, A.F.D.I., 1962, p. 744 et s.

(33) Nielsen, *Report*, p. 578 ; R.S.A., vol. VI, p. 160.

les marins avaient commis le dommage en présence d'officiers — à supposer que la chose fût possible —, leurs actes dommageables auraient été directement imputables à l'Etat, sur la base de la théorie de l'apparence d'autorité. Certes, cette apparence faisait défaut en l'espèce, puisque les marins fautifs s'étaient livrés à des actes de destruction sans être soumis à aucun contrôle. Ils avaient agi comme de simples particuliers, puisqu'ils se trouvaient en permission au moment de la commission des actes dommageables. Cependant, ces actes — personnels à leurs auteurs — se rattachaient en une certaine façon à l'Etat; car un militaire, fût-il en permission, représente toujours « *pro tanto* » son gouvernement tant qu'il conserve les signes distinctifs de sa fonction, à savoir : son uniforme. De plus, et il semble que ce fut ici l'élément déterminant de la solution adoptée par la Commission, lorsqu'un marin se trouve dans un port étranger, il apparaît toujours comme l'agent de son Etat; il exerce, peut-on dire, une certaine fonction de représentation de l'Etat dont il porte l'uniforme. C'est la raison pour laquelle les autorités hiérarchiquement supérieures sont en droit d'exiger de lui un comportement honorable, en rapport avec la dignité de l'Etat. C'est sur cette base que l'Etat pourra être déclaré internationalement responsable, lorsque le marin n'aura pas satisfait à cette règle de bonne conduite. Il est évident que l'admission de cette responsabilité étatique sera facilitée lorsque, en même temps que la faute personnelle de l'agent, on pourra relever une faute de service à la charge des autorités supérieures. Il n'est pas douteux que cette circonstance joua également un rôle non négligeable dans l'affaire « Zafiro » : la Commission releva, en effet, une faute à la charge des officiers du navire, consistant en un défaut de surveillance à l'égard des marins à terre.

Ceci devait être à nouveau réaffirmé les 27 et 28 juin 1933 dans les affaires Vasquez Diaz et José Ruiz. La Commission mixte Etats-Unis-Panama reprit, en effet, le principe, et reconnut la responsabilité du gouvernement américain pour des fautes personnelles commises en territoire étranger par des membres de l'U.S. Navy (34). Les deux réclamations soumises à la Commission avaient pour origine des faits identiques. En février 1931, plusieurs unités de la marine américaine, au cours de manœuvres navales, relâchèrent dans l'archipel de Las Perlas. Quelques marins débarquèrent dans une île de l'archipel et dévastèrent littéralement une plantation de cocotiers. Dans le dossier qu'il avait présenté à la Commission, le gouvernement panaméen avait cité un certain nombre de décisions arbitrales concernant la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de ses fonctionnaires cau-

(34) Affaire Ruiz, HUNT, Report, pp. 635-637. Affaire Diaz : *ibid.*, pp. 639-653. Voir également : A.D., 1933-1934, p. 258.

sant des dommages à des étrangers sur le territoire national. La réplique du gouvernement des Etats-Unis relevait qu'il ne pouvait être question d'appliquer les règles contenues dans ces précédents, étant donné qu'en l'espèce les dommages avaient été causés en territoire étranger. De plus, le gouvernement américain estimait que des marins en permission ne pouvaient pas être considérés comme des agents de l'Etat, *stricto sensu*. Et la réplique américaine posait alors le problème dans les termes suivants : « La seule question juridique soulevée dans cette réclamation est celle de savoir si un gouvernement est responsable des actes de membres de sa marine de guerre, en permission à terre. » La Commission apporta une réponse affirmative à cette question. Elle se borna à relever que « le préjudice était établi, qu'à la suite des actes des marins, la propriété du réclamant avait été endommagée, et qu'en conséquence, le gouvernement des Etats-Unis est responsable d'après le droit international », sans autre précision. La Commission admettait donc le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes dommageables de marins commis en territoire étranger au cours d'une permission, c'est-à-dire, hors service; mais elle ne donnait aucune explication quant aux principes de droit international qu'elle jugeait applicables en l'espèce et elle ne citait aucune jurisprudence antérieure en ce sens, alors qu'elle aurait pu trouver un précédent notoire dans la sentence de la Commission anglo-américaine relative à l'affaire du « Zafiro », qui avait elle-même posé le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour des « fautes personnelles idéales » (c'est-à-dire des actes purement privés) de marins à l'étranger.

Sans doute, faut-il en trouver la raison dans le fait que la décision rendue dans l'affaire du « Zafiro » constituait un précédent isolé. En effet, un certain nombre de décisions postérieures avaient, au contraire, rejeté la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles commises par des marins en visite à l'étranger. Ainsi, dans l'affaire Van Camp, opposant la Belgique aux Etats-Unis, tranchée le 31 décembre 1925, la réclamation du gouvernement belge avait été repoussée (35). Il s'agissait ici d'un préjudice corporel infligé en 1924 à un sujet belge par un marin servant à bord du navire de guerre « New York », en visite dans le port d'Anvers, alors que le marin auteur du dommage était en permission. Il est vrai que le marin fautif avait été jugé et condamné, qu'il avait purgé une partie de sa peine et que le gouvernement américain avait exprimé ses regrets à l'ambassadeur de Belgique à Washington. Cette forme de réparation avait sans doute été jugée suffisante.

(35) WHITEMAN, *Damages*, vol. I, p. II.

De la même manière, la pratique des Etats semblait indiquer une tendance à refuser la responsabilité internationale pour les actes dommageables commis par des marins à l'étranger durant une permission. Telle avait notamment été la position des Etats-Unis dans l'affaire N.H. Willis (36). Le sieur Willis, constructeur de navires de la marine américaine, avait été tué par un marin hollandais au cours d'une bagarre entre marins néerlandais et américains à Changhaï, en novembre 1912, alors qu'il n'avait aucunement été mêlé à cet incident. Le gouvernement des Pays-Bas s'était, par la suite, trouvé dans l'impossibilité de découvrir l'auteur de ce meurtre accidentel. Dans une note datée du 21 juin 1926, le Département d'Etat devait émettre l'opinion qu'il n'y avait aucune base suffisamment solide pour élever une réclamation internationale contre le gouvernement hollandais : « Il semble que le meurtre fut commis par un individu qui était en permission à terre quand cet acte déplorable eut lieu et qui n'était pas à ce moment-là en présence ou sous l'autorité d'un officier responsable. La règle générale de droit international applicable en pareil cas est que le gouvernement n'est pas responsable pour les fautes personnelles de soldats ou de marins commis à titre privé. »

Ce principe était cependant assez critiquable, car il ne permettait pratiquement pas aux étrangers victimes d'un dommage d'obtenir réparation. C'est la raison pour laquelle les Commissions anglo-américaine et américano-panaméenne ont posé le principe inverse de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles commises par des marins à l'étranger. Les affaires qui leur étaient soumises facilitaient sans doute cette prise de position, car elles concernaient des fautes personnelles collectives, si l'on peut dire, dans la mesure où les dommages avaient été commis par des marins en groupe et non par un seul individu aisément identifiable.

On peut, dès lors, affirmer que les Etats peuvent être rendus internationalement responsables des actes dommageables commis par des membres de leurs unités navales en permission sur un territoire étranger. On y est d'autant plus conduit que les développements les plus récents en la matière vont dans le sens d'un élargissement de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents à l'étranger.

II. — En service.

Il est très rare que le commandant d'un navire public abuse de son autorité et des moyens matériels mis à sa disposition pour porter une atteinte directe à la souveraineté d'Etats étrangers. On ne saurait

(36) Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 579.

cependant passer sous silence l'incident connu sous le nom d'affaire de « l'Ancona », où l'on vit un officier de la marine britannique bombarder la ville et bloquer le port de Cap-Haïtien, en 1868, alors qu'il n'avait reçu aucune instruction ni autorisation en ce sens (37). Il s'agissait évidemment d'un acte qui lui était éminemment personnel. Le gouvernement anglais désapprouva aussitôt la conduite du commandant de « l'Ancona » et endossa la responsabilité de ses actes dommageables en indemnisant les gouvernements français et allemands pour la perte des biens et des marchandises détruits à cette occasion.

Plus significative encore apparaît l'attitude adoptée par l'Allemagne à la suite de l'action entreprise dans le port brésilien d'Itahajy, en novembre 1905, par le commandant de la canonnière « Panther », qui devait ensuite passer à la postérité après sa démonstration devant le port d'Agadir, en juillet 1911 (38). Ayant constaté la désertion d'un marin de son bord, le commandant allemand donna l'ordre à quelques-uns de ses subordonnés de se rendre à terre rechercher le déserteur. La conduite des officiers et des matelots allemands, qui pénétrèrent de nuit dans plusieurs maisons en recourant à des menaces, suscita une vive émotion au Brésil. Aussi, le gouvernement brésilien protesta-t-il énergiquement auprès des autorités de Berlin. Dans un memorandum adressé au gouvernement impérial le 31 décembre 1905, le ministre des relations extérieures du Brésil s'exprimait en ces termes : « Les actes de police exercés par les officiers et marins de la « Panther » constituent une violation incontestable de la souveraineté territoriale ... En Allemagne, les autorités policières n'ont pas les pouvoirs que ces officiers et marins se sont attribués en terre étrangère. » Le gouvernement allemand répondit par une note en date du 2 janvier 1906 : « Il est incontestable qu'il était loin des intentions de tous ceux qui ont été mêlés à cette affaire de porter atteinte à la souveraineté territoriale du Brésil ... Mais, comme nos enquêtes nous donnent la preuve que les militaires ont transgressé les ordres qui leur avaient été donnés, le gouvernement déclare que les coupables, après enquête, seront soumis à la justice militaire et exprime son vif regret au gouvernement brésilien. » Dans les jours qui suivirent, le gouvernement brésilien fit savoir qu'il jugeait suffisante, cette forme de réparation du préjudice subi. Quelques semaines plus tard, le commandant de la « Panther » était relevé de tout commandement.

Il convient de noter qu'il y avait eu, dans cette affaire, deux séries de fautes personnelles. La première avait été commise par le commandant, qui n'avait aucun titre pour faire rechercher à terre un marin déserteur. Les autres fautes étaient l'œuvre des membres du détache-

(37) Cf. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad*, p. 188.
(38) R.G.D.I.P., 1906, pp. 200-206.

ment envoyé à terre, qui avaient outrepassé les ordres qu'ils avaient pu recevoir.

A la lumière de ces deux dernières affaires, on peut dire que les conséquences dommageables de fautes personnelles commises dans un port étranger par des officiers de marine semblent automatiquement mises à la charge de l'Etat. Dans l'ensemble, il apparaît des solutions dégagées par la pratique que la responsabilité internationale de l'Etat peut être assez facilement admise pour des fautes personnelles commises par des membres de ses forces navales. En est-il de même pour les agents des forces terrestres ?

Section IV

LES AGENTS DES FORCES ARMEES TERRESTRES

Nous retenons ici le cas des militaires faisant partie des forces terrestres et aériennes, à l'exclusion des agents des forces navales, que nous venons d'envisager. Il faut cependant y ajouter les personnes relevant des « autres forces ou organisations auxiliaires armées », pour reprendre l'expression de l'article 2, *a*) de la Déclaration commune faite par les quatre puissances alliées le 5 juin 1945, concernant la défaite de l'Allemagne et la prise de l'autorité suprême à l'égard de l'Allemagne par le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'U.R.S.S. (39). Seront donc également considérés comme des agents des forces armées les membres des milices armées, que les auteurs du Protocole n° 4 signé au Congrès de Berlin, le 22 juin 1878, définissaient comme « une troupe qui, dans l'état régulier, est dans ses foyers et qui n'est assemblée, dans des circonstances extraordinaires, que sur ordre exprès du souverain ». A côté des milices, il est également nécessaire de faire une place aux corps francs, qui se forment et s'organisent eux-mêmes, sans ordre exprès du souverain. En effet, bien qu'il utilisât encore le terme « milices » pour désigner ces troupes, l'article 1er du Règlement annexé à la Quatrième Convention de La Haye de 1907 précisait à ce sujet : « Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais aux milices ... réunissant les conditions suivantes :

1° d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés;

(39) Cf. C.A., Colliard, *Droit international et histoire diplomatique*, 3e éd., 1955, tome I, p. 633.

2° d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance;

3° de porter les armes ouvertement, et

4° de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre. »

La jurisprudence la plus récente a réaffirmé le principe selon lequel les membres d'une milice armée, ainsi que tous les individus faisant partie de forces armées supplétives, doivent être compris sous le terme générique de militaires (40). Le droit international ne saurait, en effet, ignorer les derniers développements de la pratique des Etats en ce domaine.

Par agents des forces armées, il faut donc entendre toutes les personnes qui, à des degrés divers, se trouvent placées sous le contrôle des autorités militaires supérieures d'un Etat (41). Par là-même se trouvent exclus les maquisards qui ne sont pas, en principe, sous le contrôle d'un Etat (41 *bis*).

Ceci posé, il importe de noter que la situation des militaires est différente selon que l'on se trouve en temps de guerre ou en temps de paix. Les conditions de la responsabilité internationale qu'ils peuvent faire encourir à l'Etat en commettant des fautes personnelles sont, en conséquence, elles-mêmes différentes.

Sous-Section I

EN TEMPS DE GUERRE

Avant l'adoption, par les Conférences de La Haye, des règles annexées à la deuxième Convention de 1899 et à la quatrième Convention de 1907, la responsabilité internationale de l'Etat pour les actes dommageables commis par ses soldats en temps de guerre était enserrée dans des limites très strictes et jouait très peu souvent.

Jusqu'au début du XX^e^ siècle, la jurisprudence distinguait entre les actes des soldats selon qu'ils avaient été commis en la présence d'un

(40) Voir, par exemple, la décision n° 144 rendue par la Commission de conciliation franco-italienne, le 17 janvier 1953, dans l'affaire Mossé, Recueil des décisions, fasc. 4, p. 125.

(41) L'article 16, alinéa 2, du projet élaboré en 1960, par la Harvard Law School, concernant la responsabilité internationale de l'Etat, précise d'ailleurs que l'expression « agent de l'Etat » recouvre à la fois les fonctionnaires civils et les membres « des forces armées ou d'une organisation para-militaire » ; cf. A.J.I.L., 1961, p. 576.

(41 *bis*) Toutefois, par une décision du 3 juillet 1958, la Commission de conciliation franco-italienne a reconnu que la responsabilité de l'Italie était engagée par des actes de pillage commis par des partisans (différend dame Quagliéri) ; R.S.A., vol. XIII, p. 819.

officier ou qu'ils avaient été perpétrés en dehors de tout commandement. Dans le premier cas, l'Etat pouvait être tenu responsable; dans la seconde hypothèse, au contraire, on se trouvait en présence d'actes de personnes privées, non imputables à l'Etat.

Ainsi, dans l'affaire Irène Roberts, entre les Etats-Unis et le Vénézuéla, la Commission mixte avait estimé que « les actes commis par des soldats absents de leurs unités et ne se trouvant pas sous le commandement direct de leurs officiers n'affectent pas la responsabilité de leur gouvernement et que de tels actes sont considérés comme des crimes de droit commun » (42).

De nombreuses décisions arbitrales repoussèrent ainsi la responsabilité des Etats, lorsque les faits dommageables se trouvant à l'origine de la réclamation avaient été l'œuvre de soldats individuels livrés à eux-mêmes (43).

Au contraire, lorsqu'il était prouvé que les actes dommageables avaient été commis par des soldats en la présence de leurs officiers ou, *a fortiori*, avec le consentement exprès ou tacite de ces derniers, la responsabilité internationale de l'Etat était facilement admise (44).

Edwin Borchard pouvait alors écrire en 1915 : « Pour rendre un gouvernement responsable des actes illégaux de ses soldats, le réclamant doit prouver qu'ils étaient sous le commandement, ou sous les ordres, ou sous le contrôle, ou en la présence d'officiers supérieurs, ou que les officiers avaient négligé de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ces actes illégaux ou pour punir les coupables... » (45). Ce point de vue découlait d'ailleurs logiquement de la doctrine soutenue par le même auteur, selon laquelle les Etats n'auraient pas été responsables des actes dommageables commis par leurs fonctionnaires subalternes (46). Pour que l'Etat pût être responsable des actes personnels d'agents subalternes, il aurait fallu qu'il fût lui-même en faute.

Cette distinction établie par la jurisprudence renfermait cependant, un grave défaut : à partir de quel moment pouvait-on considérer que des agents des forces armées n'étaient plus sous le commandement de leurs officiers ? D'autre part, on pouvait également la criti-

(42) Ralston, *Venezuelian Arbitrations*, p. 142 ; R.S.A., vol. IX, p. 205.

(43) Voir : affaire Young (Etats-Unis-Pérou), Moore, *Digest*, vol. VI, p. 758 ; affaire Henriquez (Pays-Bas-Vénézuéla), Ralston, *Venezuelian arbitrations*, p. 896.

(44) Affaire Shrigley (Etats-Unis-Chili), Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3711 ; Affaire Duren (Etats-Unis-Pérou), Moore, *Arbitrations*, vol. II, p. 1653 ; R.A.I., tome II, p. 589 ; Affaire Jeannaud (France-Etats-Unis), Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3.000 ; Affaire Dunbar-Belknap (Etats-Unis-Mexique), 17 avril 1875, Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 2998 ; Affaire Jeannotat (Etats-Unis-Mexique), 15 août 1875, Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3673.

(45) Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, p. 193.

(46) Cf. *supra*, 1re partie, chapitre 1er.

quer en ce qu'elle était susceptible d'être appliquée aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix.

Aussi, la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signée à La Haye, le 18 octobre 1907, devait-elle apporter, en son article 3, une solution aux problèmes posés par les dommages occasionnés en temps de guerre par des actes personnels de soldats individuels : « La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit règlement (47) sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. » Il n'était plus question de distinguer selon que les soldats avaient agi ou non en la présence d'officiers.

Ce n'est cependant pas à dire que l'admission du principe de la responsabilité des belligérants pour des actes illégaux de leurs militaires date de 1907; mais c'était la première fois que le principe était formulé dans un texte conventionnel.

La portée de cet article 3 est extrêmement large, puisqu'il vise tous les actes de militaires qui violeraient les dispositions du Règlement de la guerre sur terre. Il convient de relever qu'aucune distinction n'est faite entre les actes commis dans l'exercice des devoirs militaires et les actes non revêtus de caractère officiel. Cette disposition conventionnelle semble, en effet, instituer une sorte de *responsabilité absolue* de l'Etat pour les actes des personnes appartenant à ses forces armées. Il importe peu que ces personnes ne se prévalent pas de leur caractère de militaires ou que leurs actes n'aient aucun rapport avec les tâches incombant à un militaire en temps de guerre. La lettre du texte permet donc de dire que la responsabilité internationale de l'Etat belligérant sera engagée dans l'un et l'autre cas.

De plus, il est fort difficile, dans la plupart des cas, d'apprécier la conduite fautive de militaires en campagne. Agissent-ils sur ordre de leurs supérieurs ? Ou bien, se livrent-ils à des actes qui leur sont purement personnels ? La réponse sera bien souvent quasi-impossible; car dans l'un et l'autre cas, ces militaires se présentent généralement revêtus de toutes les apparences de leur fonction.

Enfin, les rédacteurs de l'article 3 précité n'ont-ils pas surtout voulu viser les fautes personnelles de militaires isolés ? Il y a tout lieu de le penser. C'est du moins la solution que retenait Max Huber, dans le rapport qu'il déposait le 23 octobre 1924 sur la question des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc : « Le rapporteur ne saurait être d'avis que les actes commis par la troupe ou par des soldats isolés ne puissent en aucun cas engager la responsabilité internationale de l'Etat. L'article 3 de la Convention du 18 octo-

(47) C'est-à-dire, le Règlement annexé à la Quatrième Convention.

bre 1907, relative aux lois de la guerre sur terre établit le principe de pareille responsabilité précisément pour l'éventualité la plus importante. » (48).

On peut dire que les différentes Commissions internationales de réclamations ont, de la même façon, vu dans cet article une possibilité d'étendre la responsabilité internationale des Etats en raison d'actes non autorisés de leurs militaires en temps de guerre et de rendre son admission plus facile que pour les actes personnels des autres agents étatiques. Notamment, dans l'affaire J.-B. Caire, entre la France et le Mexique, M. Verzijl, pour rendre sa sentence, devait s'inspirer du principe énoncé en 1907 et en faire application, *mutatis mutandis*, à une guerre civile (49).

La doctrine va également dans ce sens. Ainsi, cette interprétation était retenue dans le commentaire accompagnant le premier projet de la Harvard Law School concernant la responsabilité internationale : « Avant la Convention de La Haye, de 1907... la grande majorité des affaires avait montré que l'Etat n'était pas responsable des actes illégaux de soldats individuels... On exigeait généralement la preuve que les soldats avaient agi sous le commandement d'officiers... Par l'article 3 de la Convention de La Haye... l'Etat est rendu responsable pour tous les actes commis par des personnes faisant partie de ses forces armées. Ceci abolit apparemment la restriction de la règle précédente exigeant que des officiers aient commandé ces soldats » (50).

Notons toutefois que M. A.V. Freeman juge trop extrême et trop tranchée cette interprétation donnée dans le projet Harvard (51). L'on peut cependant se fier à l'opinion de M. G. Schwarzenberger, qui fait autorité en matière de droit de la guerre. L'éminent auteur anglais estime, en effet, que l'article 3 de la Convention de 1907 pose le principe d'une « responsabilité absolue » (52).

Un problème demeure cependant : est-il possible de s'inspirer de la règle énoncée par l'article 3 de la Convention de 1907 pour résoudre les litiges surgissant de fautes personnelles commises par des militaires durant le temps de paix (53) ? Il faut ici répondre par la négative. En effet, conçue pour réglementer l'état de guerre, la Convention de 1907 ne s'applique qu'au droit de la guerre.

Or, sur la base de ce texte, la responsabilité internationale de l'Etat pour des faits personnels de ses soldats en temps de guerre est

(48) R.S.A., vol. II, p. 642.
(49) Voir Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine, p. 207 et s. ; A.D., 1929-1930, p. 136.
(50) Cf. A.J.I.L., 1929, suppl., p. 167.
(51) Freeman, R.C.A.D.I., 1955.II, p. 340.
(52) Schwarzenberger, *International law*, vol. I, p. 275.
(53) Cf. C. Eagleton, *The responsibility of states...*, p. 61.

assez facilement admise. Il reste alors à savoir si elle l'est aussi aisément en temps de paix, où ce texte n'est pas applicable.

Sous-Section 2

EN TEMPS DE PAIX

Tout le problème est ici de savoir si la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses militaires est gouvernée par les mêmes principes que ceux qui régissent sa responsabilité pour les actes de ses fonctionnaires civils en général, ou bien si cette responsabilité sera plus facilement admise. Pour résoudre ce problème, il convient de distinguer selon que la faute personnelle a été commise sur le territoire national ou en territoire étranger. En effet, le nombre des agents militaires installés sur le territoire de pays alliés est désormais très élevé; cette situation pose des problèmes spécifiques.

§ 1. — Sur le territoire national.

Dans une déclaration du 27 octobre 1885, le secrétaire d'Etat américain Bayard adoptait une position assez nuancée : « Tandis qu'un gouvernement est responsable de la mauvaise conduite de ses soldats en campagne... il n'est pas responsable de l'action secondaire de soldats individuels... Mais le seul fait que des militaires, dûment enrôlés et portant en tant que tels un uniforme, commettent des actes sans ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, n'exonère pas leur gouvernement de la responsabilité de tels actes » (54).

L'évolution de la jurisprudence internationale en ce domaine révèle cependant, une tendance assez marquée à rendre les Etats plus rigoureusement responsables pour les actes personnels de militaires que pour ceux d'autres agents (55).

En 1926, la Commission générale des réclamations américano-mexicaine eut à connaître d'un certain nombre d'affaires, dont l'origine était l'usage abusif d'armes à feu par des militaires en service commandé. Ainsi, le 16 novembre 1926, les Etats-Unis furent déclarés responsables, dans l'affaire Falcon, de l'action de soldats qui, en violation des règlements militaires, ouvrirent le feu sur des ressortissants mexicains suspectés de se livrer à la contrebande, alors qu'ils traver-

(54) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 758.

(55) Cf. A.V. Freeman, R.C.A.D.I., 1955.II, p. 312. Voir également l'affaire Brignon, entre la France et l'Allemagne, R.D.I.L.C., 1888, p. 217.

saient le Rio Grande (56). La Commission devait, en effet, relever que « les règlements militaires américains interdisaient de tirer sur des personnes non armées suspectées de se livrer à la contrebande ou traversant la rivière en des endroits où le passage n'était pas autorisé ».

Les circonstances de l'affaire Garcia and Garza, tranchée par la Commission le 3 décembre suivant, étaient à peu près identiques (57). Un sous-lieutenant de l'armée américaine, à la tête d'une patrouille sur les bords du Rio Grande, découvrit un certain nombre d'individus franchissant illégalement le fleuve à bord d'un radeau. Tirant un coup de carabine pour leur enjoindre de s'arrêter, il blessa mortellement une fillette mexicaine. Or, un règlement militaire du 11 février 1919 disposait qu'il « n'est pas permis d'ouvrir le feu sur des personnes non armées suspectées de se livrer à la contrebande ou franchissant le fleuve à des endroits défendus ». Le tribunal arbitral considéra que le Gouvernement américain était responsable, estimant qu'il y avait eu violation non seulement du droit interne américain, mais aussi du droit international. En effet, pour lui, toute personne dotée d'armes à feu devait entourer leur utilisation du plus grand soin, un « standard international » exigeant une exacte appréciation de la valeur de la vie humaine. Selon le tribunal, la règle reconnue par la Quatrième Convention de La Haye de 1907, qui prévoyait que, dans les territoires occupés, « les vies humaines... doivent être respectées », était également applicable en temps de paix, puisqu'il s'agissait là d'un principe fondamental du droit des gens.

Le 23 novembre 1926, dans l'affaire Youmans, la même Commission avait admis la responsabilité du Mexique pour des actes dommageables commis par des soldats mexicains en dehors des limites de leur compétence (58).

Il est assez curieux de noter qu'un certain nombre de décisions font appel à l'ancienne distinction entre les actes commis par des militaires en présence d'un officier et ceux accomplis par des soldats individuels en dehors de tout commandement, pour n'admettre la responsabilité internationale de l'Etat que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'on peut relever une faute à la charge de l'Etat lui-

(56) Opinions of Commissionners, 1927, pp. 140-143 ; R.S.A., vol. IV, p. 104.

(57) Opinions of Commissionners, 1927, pp. 163-185 ; R.S.A., vol. IV, p. 119 ; A.J.I.L., 1927, p. 581 ; B.Y.B., 1927, p. 185. Opinion dissidente du Commissaire américain F.K. Nielsen.

(58) Opinions of Commissionners, 1927, pp. 150-159 ; R.S.A., vol. IV, p. 110. Voir également : affaire Cadenhead (Etats-Unis-Angleterre), 1er mai 1914, Nielsen, *Report*, pp. 505-507 ; A.J.I.L., 1914, p. 663. Affaire Torahachi, Uratake (Etats-Unis-Japon), 1922, Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 584. Affaire Kling (Etats-Unis-Mexique), 8 octobre 1930, R.S.A., vol. IV, p. 575 ; A.J.I.L., 1931, p. 367.

même (59). La raison en est facile à découvrir. Lorsque des soldats se trouvent sous le commandement d'un officier, il y a comme une apparence manifeste d'autorité; ils peuvent alors être présumés agir pour le compte de leur gouvernement. En revanche, lorsque l'on se trouve en présence de militaires isolés, le lien de rattachement à l'Etat, sans totalement disparaître, est cependant très atténué et n'est pas apparent, surtout en temps de paix.

On conçoit aisément que l'Etat puisse être rendu responsable des fautes personnelles des membres de ses forces armées, lorsque ceux-ci se trouvent en service commandé. En ce cas, en effet, il n'y a pas seulement apparence d'autorité; les militaires agissent vraiment dans le cadre de leur compétence officielle, mais en excédant cependant les pouvoirs qui leur sont reconnus.

Il faut, en effet, tenir compte de ce fait essentiel que les militaires sont assujettis à une discipline et à un contrôle de tous les instants de la part des autorités supérieures. De plus, ils se trouvent en possession de moyens qui sont dangereux par nature. Il est donc tout à fait normal que l'on puisse exiger de l'Etat un plus haut degré de surveillance pour cette catégorie d'agents que pour les agents étatiques civils.

C'était l'idée qu'exprimait Max Huber dans son Rapport concernant les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc : « l'Etat doit être considéré comme tenu à exercer une vigilance d'un ordre supérieur en vue de prévenir les délits commis, en violation de la discipline et de la loi militaires, par des personnes appartenant à l'armée. L'exigence de cette vigilance qualifiée n'est que le complément des pouvoirs du commandement et de la discipline de la hiérarchie militaire » (60).

Cependant qu'advient-il d'une réclamation internationale lorsqu'elle a pour origine un acte dommageable commis par un militaire à titre purement privé ? Peut-on encore dire que l'acte soit imputable à l'Etat, parce que celui-ci est tenu d'exercer une vigilance plus grande envers les membres de ses forces armées ?

On ne saurait notamment prétendre que les supérieurs hiérarchiques du militaire qui commet un acte purement privé exerçaient sur lui un contrôle, sous le prétexte que l'acte incriminé a été commis dans l'enceinte d'un fort. Le Commissaire américain F.K. Nielsen avait

(59) Pour les affaires dans lesquelles la responsabilité fut rejetée parce que les actes dommageables des soldats n'avaient pas été commis en la présence d'un officier, voir Moore, *Arbitrations*, vol. III, pp. 2992-3002.

(60) R.S.A., vol. II, p. 645. Voir également la sentence adoptée à l'unanimité le 23 novembre 1926, par la Commission générale des réclamations américano-mexicaine de 1923, dans l'affaire Thomas Youmans, R.S.A., vol. IV, p. 110.

pourtant soutenu ce point de vue dans son opinion dissidente sous l'affaire Louis B. Gordon, en 1930 (61).

Deux officiers mexicains se livraient, dans un fort, à un exercice de tir, sans se donner la peine de s'assurer que personne ne se trouvait dans la ligne de tir. Cet exercice ne leur était nullement prescrit par les règlements et ils utilisaient leurs armes personnelles. Plusieurs balles atteignirent un navire américain ancré dans le port, à côté du fort, et le réclamant, qui se trouvait à bord du navire, fut blessé. Les deux officiers furent en conséquence traduits devant un tribunal civil, sous l'inculpation de coups et blessures par imprudence. Ils devaient être acquittés, car il fut impossible de déterminer lequel d'entre eux avait tiré la balle qui avait blessé le réclamant. La Commission, dans sa sentence du 8 octobre 1930, rejeta la réclamation en se fondant sur le fait que l'acte dommageable était un acte purement privé et n'avait pas été commis avec les moyens de la fonction : « Le principe est que les faits personnels de fonctionnaires commis en dehors des limites de la fonction n'entraînent pas la responsabilité de l'Etat. »

Le Commissaire américain avait cependant tenté d'établir la responsabilité du Mexique, sur la base de la théorie du contrôle exercé par l'Etat : « Il est clair que si des soldats s'étaient livrés, à titre privé, à des exercices de tir depuis le fort ou ses environs immédiats, il y aurait eu responsabilité de la part du Gouvernement. Et il en aurait été ainsi même si les soldats s'étaient livrés à un exercice de tir à une heure non prescrite ou d'une manière non requise par les règlements militaires. Les soldats se seraient alors trouvés dans une situation où il aurait été possible de considérer que la responsabilité découlait de leurs actes; ils auraient été sous quelque forme de contrôle ou de commandement d'officiers. En conséquence, il me semble que si des officiers eux-mêmes se livrent, de quelque façon, à un exercice de tir dans les mêmes circonstances, il y aura responsabilité de leur gouvernement pour leurs actes. »

Toutefois, comme le notait Feller dans le commentaire qu'il présenta de la sentence, « la théorie du contrôle n'est pas suffisante... Le seul élément du « contrôle » était constitué par le fait que le tir avait eu lieu depuis un fort. Si les officiers s'étaient rendus à l'extérieur des murs pour tirer, le Mexique n'aurait certainement pas pu être responsable » (62). Tenir compte du lieu où avait été effectivement commis l'acte dommageable pour décider si l'on pouvait ou non en rendre l'Etat responsable semblait donc, en l'espèce, assez artificiel. Aussi, la Commission ne s'arrêta pas à ce point de vue.

(61) Opinions of Commissionners, 1931, p. 58.
(62) A.H. Feller, *The Mexican Claims Commission*, p. 137.

Pourtant, les agissements fautifs des militaires peuvent parfois être appréciés sous l'angle du lieu de commission de l'acte dommageable. Dans certains cas, en effet, compte doit être tenu de l'endroit où un agent des forces armées commet une faute personnelle. Il en va notamment ainsi lorsque l'on se trouve en présence d'actes dommageables commis par des militaires séjournant en territoire étranger.

§ 2. — En territoire étranger.

Il arrive fréquemment que des membres des forces armées d'un Etat soient envoyés dans un pays étranger, soit en visite de courtoisie, soit à l'occasion de manœuvres militaires combinées, soit pour renforcer momentanément le potentiel défensif d'une région déterminée. On peut les qualifier de « représentants non permanents des Etats », selon l'expression de Karl Strupp (63). A côté des militaires qui se trouvent en territoire étranger de façon tout à fait occasionnelle et purement provisoire, il en est cependant qui y séjournent durant une période assez longue. Nous retiendrons ici cette dernière catégorie, c'est-à-dire les membres des forces armées stationnées de façon durable sur le territoire d'un Etat allié; car c'est à leur sujet que se posent les problèmes pratiques les plus intéressants.

Avant la seconde guerre mondiale, l'existence en temps de paix d'importantes forces armées étrangères sur le territoire d'un Etat était toutefois relativement peu fréquente. Il est même assez étonnant de constater que, face aux menaces hitlériennes, les démocraties n'aient jamais tenté de renforcer sérieusement le potentiel défensif de certaines régions névralgiques en permettant à des armées alliées d'y stationner. Une des rares exceptions à cet état de chose fut la réclamation d'une alliance avec la Grande-Bretagne, faite par le Gouvernement égyptien à la fin de 1935, peu de temps après l'agression de l'Italie fasciste contre l'Ethiopie. Engagées le 2 mars 1936, les négociations anglo-égyptiennes aboutirent, le 26 août 1936, à la conclusion d'un Traité d'alliance confirmant l'indépendance de l'Egypte et annonçant la fin de l'occupation britannique. Toutefois, l'Egypte autorisait l'Angleterre à faire stationner des troupes jusqu'à concurrence de 10.000 hommes dans le voisinage du canal de Suez, pour assurer les communications de l'Empire britannique (64).

Prévue par l'article 9 de ce Traité d'alliance (65), une convention fut signée le même jour entre la Grande-Bretagne et le Gouvernement

(63) K. Strupp, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1934.I, p. 531.
(64) Cf. J.B. Duroselle, *Histoire diplomatique de* 1919 *à nos jours*, 2e éd., 1957, p. 350.
(65) Recueil des traités, S.D.N., tome 173, p. 401 et s.

égyptien, portant statut des forces britanniques stationnées le long du canal de Suez (66). L'article 4 de cette convention reconnaissait l'immunité de juridiction aux membres des forces britanniques pour les matières relevant de leurs attributions officielles. Pouvait-on appliquer aux fautes personnelles commises par les membres de la force britannique les dispositions de cet article 4 ? Il ne semble pas que la question se soit jamais posée au plan de l'application pratique.

Après le débarquement des troupes alliées en Normandie, en juin 1944, et leur stationnement sur le territoire français, des Accords furent conclus le 25 août 1944, relatifs aux questions administratives, juridiques, économiques et financières entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des Etats-Unis et de Grande-Bretagne. Ces accords prévoyaient l'institution de Commissions de réclamations pour la réparation des dommages causés par ces troupes aux ressortissants français. Aux termes de l'article 16, alinéa 3, les autorités françaises se voyaient expressément reconnaître la possibilité de présenter, conformément au droit international, par voie diplomatique, des réclamations au nom de requérants français. Deux nouveaux accords furent signés en 1945, l'un avec la Grande-Bretagne, le 9 février, l'autre avec les Etats-Unis, le 15 février. Le Gouvernement français s'engageait à réparer les dommages occasionnés par les forces anglaises et américaines, à l'exclusion des « actes détachables impliquant turpitude morale », tels que les viols, les voies de fait, les vols et actes de pillage. La France prenait notamment à sa charge la réparation des dommages résultant d'accidents de la circulation, à l'exclusion toutefois des cas dans lesquels l'auteur de l'accident n'était pas en service commandé. En fait, il n'y eut pas de grandes difficultés sur ce point, des circulaires administratives étant venues préciser que les militaires alliés auteurs d'accidents de circulation seraient présumés en service (67).

Depuis lors, le stationnement plus ou moins durable de troupes sur le territoire d'une puissance alliée s'est généralisé. On peut même dire que c'est là une des caractéristiques essentielles de la conjoncture militaire internationale depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Ceci résulte de la nécessité où se sont trouvés les Etats d'organiser une défense collective internationale, qui implique la mise au point d'une stratégie globale à l'échelle mondiale.

Devant prendre en considération à la fois les conditions techniques d'une guerre éventuelle et la localisation géographique d'un danger

(66) *Ibid.*, p. 433 et s.

(67) Cf. PLANTEY, *La réparation des dommages causés dans la métropole par les membres des forces armées alliées de* 1944 *à* 1946, Recueil Dalloz, 1951, Chron., pp. 9-12.

supposé, une telle stratégie comporte, en effet, l'obligation pour les forces armées de quelques Etats de s'implanter hors des bases nationales, dans tous les pays appartenant au même système d'alliance. C'est ainsi qu'en 1959, 700.000 soldats américains étaient stationnés à l'étranger, sur le territoire de 70 Etats environ (68). De même, de nombreuses divisions soviétiques sont réparties sur le territoire des différents pays membres du Pacte de Varsovie. Or, la présence de forces armées étrangères sur le territoire d'un Etat allié ne va pas sans soulever de multiples problèmes, juridiques et pratiques, concernant notamment le statut de ces forces et le règlement des différends qui pourraient surgir à la suite d'acte dommageables commis par les membres de ces forces.

Les militaires faisant partie de ces forces armées peuvent provoquer des incidents d'autant plus sérieux qu'ils surgissent dans un climat social souvent défavorable. En effet, la présence de ces troupes étrangères rappelle à des nations jalouses de leur souveraineté qu'elles ne sont plus en mesure de se défendre elles-mêmes, par leurs seuls moyens. En outre, il arrive bien souvent que le niveau de vie des soldats étrangers soit supérieur à celui de la population locale. Notamment, « le soldat américain a d'ordinaire plus d'argent que l'indigène et il le dépense souvent d'une manière qui irrite son entourage » (69). Il en résulte inévitablement que les incidents causés par les membres de ces forces armées risquent d'indisposer l'opinion publique du pays d'accueil et, par là, de mettre en danger la cause de la compréhension internationale en provoquant de sérieuses controverses entre les gouvernements.

C'est la raison pour laquelle certains gouvernements, essentiellement le Gouvernement des Etats-Unis, ont développé une pratique tendant à l'indemnisation des dommages causés par des fautes personnelles de membres de leurs forces armées stationnées à l'étranger, en dehors de toute reconnaissance de responsabilité, et ont ainsi effectué des paiements à titre gracieux, dans le but de respecter les droits des victimes des dommages.

En dehors de cette pratique, qui s'inspire uniquement de la courtoisie internationale et du désir de maintenir de bonnes relations entre alliés, les Etats intéressés se sont parfois entendus pour mettre au point une réglementation conventionnelle, soit par la voie de Traités en bonne et due forme, soit par le moyen d' « executive agreements ». Ainsi, pour donner des solutions valables aux différents problèmes posés par le stationnement de troupes sur les territoires de pays alliés,

(68) Cf John B. WHITTON, *L'exercice de la compétence pénale à l'égard des forces américaines à l'étranger*, R.G.D.I.P., 1959, p. 5.

(69) J.B. WHITTON, *op. cit.*

les Etats parties au Traité de l'Atlantique-Nord ont signé, le 19 juin 1951, à Londres, une Convention tendant à déterminer le statut de leurs forces, qui est entrée en vigueur le 23 août 1953 (70). Après l'entrée en vigueur des Accords de Paris, du 23 octobre 1954, un « Accord complétant la Convention entre les Etats Parties au Traité de l'Atlantique-Nord sur le statut de leurs forces, en ce qui concerne les forces étrangères stationnées en République fédérale d'Allemagne » a été signé le 3 août 1959 (71).

De même, à la suite du Traité de sécurité entre les Etats-Unis et le Japon, signé à San Francisco, le 8 septembre 1951 (72), un Accord administratif a été conclu à Tokyo, le 28 février 1952, conformément aux dispositions de l'article 3 dudit Traité, relatif au statut des forces américaines stationnées en territoire japonais (73).

Enfin, dans le cadre du Pacte de Varsovie, l'U.R.S.S. a conclu plusieurs accords bilatéraux avec les pays de démocratie populaire dans lesquels des troupes soviétiques se trouvent stationnées : avec la Pologne, le 17 décembre 1956 (74) ; avec la République démocratique allemande, le 12 mars 1957 (75) ; avec la Roumanie, le 15 avril 1947 (76) ; avec la Hongrie, le 27 mai 1957 (77). Tous ces accords ont un contenu pratiquement identique.

Nous retiendrons d'abord la pratique américaine des paiements à titre gracieux, avant d'envisager les solutions conventionnelles contenues dans les différents accords ci-dessus énumérés. L'étude de cette pratique permettra, en effet, de mieux saisir ensuite le sens et la portée des accords conclus par les Etats-Unis, où une assez large place est faite à la « quiet diplomacy » et au versement d'indemnités de courtoisie.

I. — La pratique américaine des paiements a titre gracieux.

De tous temps et en de multiples occasions, le Gouvernement des Etats-Unis a consenti à verser des compensations, lorsqu'il s'agissait

(70) R.T.N.U., vol. 199, pp. 67-III. Sur cette Convention et son interprétation, cf. A.V. Freeman, *The status of forces agreement, in* : R.C.A.D.I., 1955.II, pp. 403 et s. ; S. Lazareff, *L'interprétation par les tribunaux français de la convention sur le statut des forces de l'O.T.A.N.*, Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre (Bruxelles), vol. I, n° 1, 1962, p. 117 ; *Le statut des forces de l'O.T.A.N. et son application en France*, Pédone, 1964.

(71) Cf. Jacques Patey, *L'adaptation pour l'Allemagne fédérale de la Convention de Londres sur le statut des forces de l'O.T.A.N.* ; A.F.D.I., 1959, pp. 727-747. Pour le texte de l'accord du 3 août 1959, voir J.O.R.F., 4 janvier 1964, p. 115.

(72) R.T.N.U. vol. 136, p. 211 et s.

(73) R.T.N.U., vol. 208, pp. 307-345. L'accord devait être modifié par un Protocole du 29 septembre 1953 ; *ibid.*, pp. 377-383.

(74) R.T.N.U., vol. 226, pp. 195-207 ; Documentation française, Articles et Documents, 20 décembre 1956, n° 0447.

(75) R.T.N.U., vol. 275, pp. 121-133 ; A.J.I.L., 1960, pp. 210-215.

(76) R.T.N.U., vol. 274, pp. 159-171.

(77) A.J.I.L., 1960, pp. 215-221.

de dommages causés sur le territoire d'un pays ami par des membres des forces américaines, à la suite de fautes personnelles.

Il en fut notamment ainsi dans l'affaire Gay, où il s'agissait d'un préjudice causé à un ressortissant belge par un membre du corps expéditionnaire américain en Sibérie, et dans l'affaire Bole, où une réclamation avait été formulée pour les dommages qu'avait occasionnés en Belgique un motocycliste de l'armée américaine (78).

Dans ces affaires, une compensation fut versée par le Gouvernement des Etats-Unis, sans aucune référence à la question de responsabilité. Et M. Freeman justifie cette pratique en déclarant qu' « on ne pouvait véritablement établir aucune base juridique pour invoquer la responsabilité internationale de l'Etat », alors que l'équité commandait l'octroi d'une indemnité compensatoire à la victime ou à ses ayants droit (79).

C'est précisément en cela que résident à la fois l'avantage et l'inconvénient de cette pratique. Certes, elle permet de dédommager la victime d'une faute personnelle commise par un militaire; mais elle reste toutefois une pratique suivie « as an act of grace », en ce sens que l'Etat dont relève le militaire coupable de faute personnelle ne se sent nullement responsable : il verse une indemnité, parce qu'il le veut bien et non parce qu'un texte conventionnel ou une décision jurisprudentielle l'y oblige. Aucune obligation juridique de réparer ne pèse sur l'Etat. Celui-ci reste donc maître d'indemniser ou de ne pas indemniser la victime.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que, dans certains cas, les dommages causés par la présence de troupes américaines en territoire étranger n'aient pas pu être réglés. En 1944, le Gouvernement d'Islande adressa, par la voie diplomatique, une réclamation internationale au Département d'Etat. Il prétendait rendre les Etats-Unis responsables de la naissance d'un grand nombre d'enfants illégitimes, dont les pères naturels relevaient des forces armées américaines stationnées en Islande. Comme ces derniers jouissaient en ce pays de l'immunité de juridiction, aucune action en recherche de paternité ne pouvait être intentée contre eux devant les tribunaux locaux. Aussi, dans une note en date du 13 octobre 1944, le ministre des Affaires étrangères d'Islande estimait que les Etats-Unis se trouvaient moralement dans l'obligation de résoudre le problème en versant une certaine somme à titre de compensation. Cette demande fut rejetée par le Département d'Etat. Selon lui,

(78) WHITEMAN, *Damages*, vol. I, p. 11. Voir également les affaires suivantes, entre la Chine et les Etats-Unis : Chang Tsu Tsao, 1923 ; Li Shih Chi, 1923 ; Sun Jui Chin, 1928 ; Chang Lin, 1928 ; Wang Ehr Kô, 1930 ; Lee Po Tien, 1937 ; entre la France et les Etats-Unis : Henry Borday, 1937. HACKWORTH, *Digest*, vol. VI, pp. 580-581.

(79) A.V. FREEMAN, R.C.A.D.I., 1955.II, p. 347.

en effet, il n'existait aucune base juridique solide pour une telle réclamation d'ordre international. La note que la légation américaine transmit le 26 juin 1945 au ministère des Affaires étrangères d'Islande déclarait notamment : « On considérera que tout paiement au Gouvernement islandais sur quelque base que ce soit, même à titre gracieux, exposerait notre Gouvernement à la présentation de semblables réclamations sur une plus grande échelle dans d'autres lieux où des membres de ses forces armées ont été ou sont stationnées. Aucun autre gouvernement n'a prétendu qu'il y avait une quelconque obligation pour notre Gouvernement de faire droit à de telles réclamations » (80).

La base des réclamations que prétendait formuler l'Islande était, en effet, constituée par des actes de nature essentiellement et exclusivevent privée. Que des militaires eussent séduit des femmes islandaises ne permettait nullement d'attribuer leurs actes à leur gouvernement; car ces actes n'étaient, de toute évidence, aucunement liés à leurs fonctions. Les Etats-Unis ne pouvaient donc en être tenus responsables.

Ce que l'on a appelé les « Paternity cases » devait ainsi mettre en évidence le fait que la responsabilité internationale d'un Etat pour les fautes personnelles de ses militaires séjournant à l'étranger peut quelquefois s'avérer extrêmement difficile, voire même impossible, à mettre en œuvre, lorsqu'elle n'est pas expressément prévue et organisée dans un texte conventionnel.

En revanche, lorsqu'intervient un accord international entre l'Etat sur le territoire duquel sont stationnées des troupes étrangères et l'Etat dont dépendent ces troupes, la responsabilité internationale de ce dernier sera, en règle générale, assez facilement admise, comme nous allons le voir en examinant à présent les solutions conventionnelles.

II. — Les solutions conventionnelles.

Autrefois, lorsque des forces armées étaient amenées à séjourner dans un pays étranger, elles restaient soumises à leur loi nationale. La « loi du drapeau » s'appliquait à elles, en quelque lieu que ce fût. A la longue cependant, des différends de tous ordres ne manquaient pas de surgir, auxquels les solutions pouvaient être difficiles à trouver. « Il était, par conséquent, nécessaire et sage, note M.-P. Coutant, de prévoir des règles précises acceptées par tous les Etats intéressés de nature à fixer l'état de droit desdites forces et assurer le règlement des problèmes juridiques, économiques ou fiscaux que leur présence pose notamment à l'Etat de séjour » (81).

(80) Cité par A.V. Freeman, *Responsibility of states for unlawfull acts of their armed forces*, R.C.A.D.I., 1955.II, p. 360.

(81) P. Coutant, *Le statut des forces des Etats parties au Traité de l'Atlantique-Nord*, Rev. adm., 1953, pp. 48-49.

A n'en pas douter, un des principaux problèmes juridiques posés par la présence de ces forces armées étrangères sur le territoire d'un Etat allié est celui de savoir comment seront réglées les réclamations formulées à la suite de dommages occasionnés par les membres de ces forces. A cet égard, tous les accords actuellement en vigueur distinguent entre les dommages selon qu'ils ont été causés par des actes de fonction ou par des actes personnels des militaires. Cependant, l'appréciation de la notion de faute personnelle n'est pas identique dans tous les cas. La conception que l'on en a varie selon les accords, ainsi que l'autorité compétente pour décider si l'on se trouve en présence d'un fait personnel. De plus, selon les Etats en présence, les solutions apportées aux problèmes de responsabilité ne sont pas les mêmes; les procédés de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat dont dépendent les militaires coupables varient selon les cas.

Il convient donc d'étudier successivement la conception de la faute personnelle, l'autorité compétente pour apprécier la faute personnelle et la mise en œuvre de la responsabilité pour faute personnelle, dans le cadre de ces différents accords.

A. — *La conception de la faute personnelle.*

Les divers accords internationaux que nous avons relevés font tous, explicitement ou implicitement, état de la distinction entre les fautes de service et les fautes personnelles des agents des forces armées stationnées à l'étranger. Aucun d'eux ne donne cependant de définition précise des faits qui doivent être considérés comme personnels aux membres de ces forces armées. Or, la question est extrêmement importante, puisque c'est de la réponse qu'on peut y apporter que dépend le point de savoir quelle autorité sera compétente pour statuer sur les demandes d'indemnité.

Ainsi l'article VIII, paragraphe 6, de la Convention de Londres parle d' « actes dommageables ou négligences qui n'ont pas été accomplis dans l'exécution du service »; et le paragraphe 7 du même article fait une place à part aux demandes d'indemnité qui seraient fondées sur « l'usage non autorisé de tout véhicule des forces armées d'un Etat d'origine ». Toutefois, le texte de la Convention ne contient par ailleurs aucune indication sur ce qu'il faut entendre par là. Sans doute, les auteurs de la Convention se sont-ils heurtés à la difficulté d'une définition précise de la notion de faute personnelle, visée par ces expressions.

De même, l'article XVIII, paragraphe 5, de l'Accord administratif américano-nippon vise expressément « les demandes d'indemnité... fondées sur des actes dommageables, de commission ou d'omission, ac-

complis au Japon en dehors de l'exécution du service », sans préciser davantage.

Quant aux accords conclus dans le cadre du Pacte de Varsovie, il faut noter que l'article 13, alinéa 2, du Traité avec la Pologne, dont les dispositions sont reprises par l'article 11 *b*) de l'accord avec l'Allemagne de l'Est et l'article 9, alinéa 2, de l'accord avec la Roumanie, se borne à parler « des actes ou de la négligence des personnes faisant partie des troupes soviétiques, si les faits se sont produits en dehors du service ». Aucun de ces accords bilatéraux ne précise ce qu'il faut entendre par des actes ou des négligences survenus en dehors du service. Il est toutefois permis de penser que, lorsque le texte de ces différents accords fait référence à des actes dommageables commis en dehors du service, il s'agit d'actes commis en dehors du temps où leurs auteurs sont réellement en service. Cette interprétation semble plutôt s'imposer, si l'on considère que l'article 9, alinéa 2, de l'Accord entre l'U.R.S.S. et la Hongrie parle « d'actes ou de négligences de membres des troupes soviétiques » commis « à un moment où ils n'exerçaient pas leurs fonctions officielles ». Mais peut-on appliquer aux trois autres accords la solution expressément retenue dans ce dernier ? Il est difficile d'apporter une réponse catégorique à cette question; d'autant plus qu'on ne trouve pas, dans la pratique des Etats membres du Pacte de Varsovie, de précédents connus permettant de trancher définitivement en ce sens. Il n'en demeure cependant pas moins qu'on peut légitimement penser que l'accord conclu entre l'Union soviétique et la Hongrie permet de dégager une solution analogue pour les autres accords passés avec la Pologne, la Roumanie et l'Allemagne orientale.

Il en résulte que la conception de la faute personnelle permettant la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'U.R.S.S. est assez étroite. Sont considérés comme des faits personnels uniquement les actes commis par les militaires soviétiques en dehors du temps de service. Dans le cadre de la Convention de Londre et de l'Accord américano-nippon, il n'y a pas de critère aussi net, ni aussi restrictif.

Des adaptations sont toutefois possibles, dans le sens d'un élargissement de la notion de faute personnelle, de façon à y inclure des actes dommageables commis pendant le temps du service, mais détachables de la fonction. En effet, en cas de contestation sur le point de savoir si l'acte incriminé constitue un fait personnel ou une faute de service, les accords passés par l'U.R.S.S. remettent la question à une Commission mixte. De même, la Convention de Londres prévoit le recours à l'arbitrage en pareil cas. Au contraire, selon l'accord conclu entre les Etats-Unis et le Japon, la décision appartient en dernier ressort aux

autorités américaines, c'est-à-dire à l'Etat d'origine, bien qu'une Commission mixte soit également prévue à cet effet.

B. — *L'autorité compétente pour apprécier la faute personnelle.*

La compétence pour trancher le problème de savoir si l'acte dommageable commis par un militaire faisant partie de troupes stationnées à l'étranger peut ou non être qualifié de fait personnel est, selon les accords, attribuée, soit à un organe arbitral, soit à l'Etat dont dépend le militaire auteur du dommage (ou Etat d'origine).

a) *Organe arbitral.*

C'est la solution qui est retenue par les accords conclus entre l'Union soviétique et les pays de l'Est où elle entretient des forces armées, ainsi que par la Convention de Londres conclue entre les Etats membres du Pacte atlantique.

L'article 19 du Traité soviéto-polonais (art. 17 pour les accords soviéto-roumain et soviéto-hongrois) institue une Commission mixte composée de trois représentants de chacune des Parties contractantes. Cette Commission établit elle-même son règlement. Elle est dotée d'un véritable pouvoir de décision, en ce sens que les décisions qu'elle est amenée à prendre, dans les affaires qui lui sont soumises, sont obligatoires et s'imposent aux parties en cause (art. 13, alinéa 3, du Traité soviéto-polonais). Ces décisions peuvent-elles être prises par la Commission à la majorité ? C'est la question que l'on peut se poser si l'on rapproche les dispositions de l'accord soviéto-allemand de celles contenues dans les Traités conclus avec la Pologne, la Roumanie et la Hongrie. En effet, l'article 19 de l'accord entre l'U.R.S.S. et la R.D.A. apporte ici une précision, qui n'est pas formulée dans les autres accords : « les décisions seront prises à l'unanimité ». L'absence de clause semblable dans les accords conclus avec les trois autres Etats permet-elle d'affirmer que les Commissions mixtes qui y sont prévues peuvent statuer à la majorité, aucune exigence précise n'étant formulée à ce sujet ? On peut évidemment soutenir ce point de vue, d'autant plus qu'on trouverait aisément des arguments d'ordre politique pour expliquer et justifier que la Commission mixte U.R.S.S.-Allemagne de l'Est est dotée d'un régime dérogatoire. Cependant, juridiquement, on peut tout aussi bien prétendre que l'exigence de l'unanimité, formulée dans l'accord soviéto-allemand, est implicite pour les autres accords et que les Commissions instituées entre l'U.R.S.S., d'une part, et la Pologne, la Roumanie et la Hongrie, d'autre part, doivent également statuer à l'unanimité.

Quoi qu'il en soit de ce point de procédure, lorsque surgissent des difficultés ou des contestations concernant le problème de savoir si

un membre des troupes soviétiques a commis une faute de service ou, au contraire, une faute personnelle, la seule solution qui soit en principe offerte aux parties en litige consiste à saisir cette Commission mixte. En effet, celle-ci est créée « en vue de régler les questions relatives à l'interprétation ou à l'application du présent Traité », déclare le Traité entre l'U.R.S.S. et la Pologne. Parmi les questions relatives à l'interprétation et à l'application des accords, il y a incontestablement la question de savoir ce qu'est un acte dommageable commis dans l'exécution du service ou en dehors du service. Toutefois, dans l'hypothèse où la Commission mixte ne parviendrait pas à résoudre ce problème, l'article 19, alinéa 4, du Traité soviéto-polonais et les articles correspondants des autres accords prévoient que « cette question sera réglée dans les plus brefs délais par la voie diplomatique » (82).

De la même manière, plutôt que de tenter de recouvrir tous les cas de faute personnelle par une énumération qui se serait nécessairement révélée incomplète, les auteurs de la Convention de Londres ont préféré instituer une procédure arbitrale permettant d'apporter à ce problème des solutions assez souples, adaptées à chaque cas d'espèce. Il est, en effet, prévu au paragraphe 8 de l'article VIII qu'en cas de contestation portant sur le point de savoir si l'acte dommageable d'un militaire séjournant en territoire étranger a été accompli dans l'exécution du service ou si l'utilisation d'un véhicule appartenant aux forces armées de l'Etat d'origine n'a pas été autorisé, l'affaire est portée devant l'arbitre prévu au paragraphe 2 de ce même article, « qui décide souverainement sur ce point ». Cet arbitre doit être « choisi par accord entre les parties contractantes intéressées parmi les nationaux de l'Etat de séjour exerçant ou ayant exercé une haute fonction judiciaire ». Si les Etats en cause ne parvenaient pas, à l'expiration d'un délai de deux mois, à se mettre d'accord sur le choix de cet arbitre, le texte de la Convention de Londres autorise l'un ou l'autre des Etats intéressés à s'adresser au Président des Suppléants au Conseil de l'Atlantique-Nord, qui désignera lui-même une personne répondant aux qualifications exigées. Ce texte n'a cependant pas eu l'occasion d'être appliqué en ce qui concerne les dommages occasionnés par les Quartiers généraux interalliés stationnés en France; il ne semble pas qu'il ait joué pour les Quartiers généraux interalliées stationnés dans d'autre pays (83).

(82) Faute de renseignements concernant l'application de ces différents accords, nous ne pouvons ici que faire état des solutions prévues par les textes.

(83) Renseignements obtenus auprès du Conseiller juridique de l'O.T.A.N. Pour un commentaire de l'article VIII de la Convention de Londres, Cf. Paone, *Sul art.* 8 *della Convenzione di Londra fra gli stati membri della Nato*, Rivista di diritto internazionale, 1958, p. 223.

Ainsi, tant dans le cadre du Pacte de Varsovie que dans le cadre de l'O.T.A.N., des solutions assez voisines ont été adoptées, concernant l'autorité compétente pour décider dans quels cas il y avait faute personnelle de la part des agents des forces armées stationnées en territoire étranger. Les pays de l'Est comme les Etats occidentaux s'en remettent à la décision d'un organe impartial.

b) *Etat d'origine.*

Il en va différemment dans le cadre de l'Accord américano-nippon. Il revient, en effet, aux autorités américaines de trancher, dès qu'une réclamation est formulée, la question de savoir si le membre du personnel militaire américain stationné au Japon, qui a causé le dommage, agissait ou non dans l'exécution du service. C'est ce qui résulte du paragraphe 4 de l'article XVIII de l'Accord administratif de 1952 : « Il appartiendra à chacune des Parties de déterminer en dernier ressort... si son personnel agissait dans l'exécution du service. Elle devra le faire aussitôt que possible après le moment où la demande d'indemnité aura pris naissance. »

Certes, en cas de contestation sur ce point, l'affaire pourra être portée devant une Commission mixte instituée par l'article XVI de l'Accord administratif. Cette Commission est composée d'un représentant de chacun des deux Etats signataires de l'Accord. Toutefois, elle ne peut guère donner que des « consultations »; elle ne peut pas prendre de véritables décisions s'imposant aux Parties. Le paragraphe 3 de l'article XVI montre, en effet, assez clairement que la Commission ne peut pas en réalité trancher définitivement les litiges pouvant surgir entre les deux Etats : « Si la Commission mixte n'est pas en mesure de régler une question, elle la renverra par les voies appropriées à chacun des deux gouvernements pour plus ample examen. » Par conséquent, c'est bien au Gouvernement de l'Etat d'origine qu'il revient de déterminer, en dernier ressort, si le membre de ses forces armées a commis une faute de service ou une faute personnelle, puisqu'il lui est possible, en quelque sorte, de paralyser la procédure devant la Commission ou de ne pas tenir compte de la consultation de celle-ci, qui n'a qu'une valeur d'avis, c'est-à-dire qui n'a pas de force obligatoire.

Des problèmes délicats peuvent cependant surgir, lorsque l'on se trouve en présence de cas de « juridiction concurrente », c'est-à-dire lorsqu'un militaire américain stationné au Japon commet un acte dommageable pénalement réprimé à la fois par l'Etat de séjour et par l'Etat d'origine. Il devait notamment en aller ainsi dans l'affaire William S.

Girard, qui fut l'occasion, au printemps de 1957, d'une poussée de nationalisme démagogique dans l'opinion publique américaine (84).

Le soldat américain Girard était de garde, le 30 janvier 1957, sur un terrain de manœuvres de forces américaines au Japon. Il était chargé de surveiller les véhicules de son unité pendant que celle-ci se trouvait en exercice. En dépit des interdictions formulées à diverses reprises et malgré les dangers que pouvaient présenter les exercices des troupes américaines de nombreux civils japonais se trouvaient sur le terrain de manœuvres, occupés à ramasser des douilles d'obus usagés. Estimant sans doute que les civils japonais ne s'écartaient pas assez et rendaient ainsi impossible sa mission de surveillance, Girard tira en l'air avec un lance-grenades, pour effrayer les japonais, semble-t-il; mais, ce faisant, il blessa mortellement une femme japonaise.

Les témoignages recueillis à la suite de cet accident furent des plus contradictoires. Certains témoins prétendaient que le soldat américain avait tiré alors qu'il se trouvait à une faible distance des civils japonais et qu'il n'avait pas tiré en l'air. D'autres affirmaient même qu'il avait lui-même fait signe aux civils d'approcher, pour s'amuser à les voir s'enfuir quand il tirerait.

Or, ce meurtre accidentel était réprimé simultanément par le Code militaire américain et par le Code pénal japonais. Dans les cas de ce genre, il est prévu que l'un des deux Etats doit exercer par priorité sa juridiction. C'est ainsi que les Etats-Unis ont le droit, aux termes de l'Accord administratif, d'exercer par priorité leur juridiction pénale sur les membres de leurs forces armées en ce qui concerne les infractions portant atteinte à la sécurité ou à la propriété des Etats-Unis et celles portant atteinte à la personne ou à la propriété d'un membre du personnel américain stationné au Japon, ainsi que pour les infractions résultant de tout acte accompli ou de toute négligence commise dans l'exécution du service. Pour toutes les autres infractions commises par des soldats américains, l'Accord administratif autorise les autorités japonaises à exercer leur juridiction par priorité. Cependant, même lorsqu'il dispose d'une juridiction « prioritaire », l'Etat d'origine peut y renoncer au profit de l'Etat de séjour. C'est d'ailleurs ce qui devait finalement se produire dans l'affaire Girard.

Toutefois, avant d'en arriver là, l'armée américaine avait réclamé de juger Girard, parce que les faits avaient été accomplis alors qu'il était « on duty ». En effet, peu de temps après l'homicide commis par le soldat Girard, le commandant de son unité fournissait au Procureur

(84) Cf. *Le Monde*, 13 juillet 1957 ; Daniel VIGNES, *L'affaire Girard et le statut des forces américaines stationnées en territoire étranger*, A.F.D.I., 1957, pp. 304-314 ; J.-B. WHITTON, *L'exercice de la compétence pénale à l'égard des forces américaines à l'étranger*, R.G.D.I.P., 1959, pp. 11-12.

japonais compétent un certificat attestant que le coup de feu dommageable avait été « commis dans l'exécution du service ». Dans le Procès-verbal annexé au Protocole du 29 septembre 1953, modifiant certaines dispositions de l'Accord administratif, il était, en effet, précisé : « Lorsqu'un membre des forces armées américaines est accusé d'une infraction, une attestation délivrée par le commandant de son unité ou en son nom et précisant que l'infraction, si elle lui est effectivement imputable, résulterait d'un acte accompli ou d'une négligence commise dans l'exécution du service sera considérée comme concluante jusqu'à preuve du contraire » (85). Sur cette base, les Etats-Unis prétendaient, en l'espèce, exercer leur juridiction par priorité. Le Japon insista cependant et déclara avoir la preuve que l'acte dommageable avait été commis par Girard en dehors des limites de sa fonction, qu'en conséquence il appartenait aux autorités japonaises d'exercer prioritairement leur juridiction.

Le litige fut alors soumis à la Commission mixte nippo-américaine, chargée d'examiner notamment les conflits de juridiction. Dans le mémoire qu'il présenta à la Commission, le Gouvernement japonais déclarait que Girard était peut-être en service au moment où s'était produit le fait dommageable, mais que sa conduite trahissait un tel manquement aux ordres reçus et une telle imprudence qu'on pouvait difficilement considérer Girard comme ayant accompli un acte de fonction (86). Le Japon estimait donc que, dans ces conditions, il devait exercer sa juridiction à titre prioritaire.

Les Etats-Unis répliquaient que la mission de Girard consistait à tenir les civils japonais à l'écart des véhicules militaires dont il avait la garde et qu'il avait le droit de se servir de ses armes pour remplir cette mission. Les Etats-Unis ne contestaient pas que Girard avait pu être imprudent, mais ils prétendaient que cette circonstance ne changeait rien au fait qu'il était en service et que la juridiction américaine était, en conséquence, compétente à titre prioritaire.

En présence de ces deux thèses contradictoires, la Commission se révéla incapable de parvenir à une solution, les représentants des deux Etats ne trouvant pas de terrain d'entente. Aussi, le différend fut-il transmis à une plus haute autorité. Après consultation du Département de la Défense et avec l'approbation du Président des Etats-

(85) R.T.N.U., vol. 208, p. 385. Notons que l'article 18 de l'Accord du 3 août 1959, complétant la Convention entre les Etats Parties au Traité de l'Atlantique-Nord sur le statut de leurs forces en ce qui concerne les forces étrangères stationnées en République fédérale d'Allemagne, institue également une procédure de délivrance de certificat par l'Etat d'origine intéressé, lorsque se pose la question de savoir si le dommage résulte d' « un acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service » ; Cf. A.F.D.I., 1959, p. 727 et s.

(86) Cf. le procès-verbal de la Commission, U.S. Law Week, 7 juillet 1957, p. 4006.

Unis, il fut notifié aux autorités japonaises que le gouvernement américain renonçait à l'exercice de sa compétence juridictionnelle, dans le but de maintenir de bonnes relations avec l'Etat de séjour et d'apaiser l'opinion publique des deux pays, qui s'était tout de suite emparée de l'affaire.

W.S. Girard déposa alors « *a writ of habeas corpus* » devant la Cour du district de Columbia, qui émit une injonction interdisant au secrétaire à la Défense de remettre Girard aux autorités japonaises. Toutefois, par un arrêt en date du 11 juillet 1957, la Cour suprême des Etats-Unis annula cette sentence et ordonna le renvoi de Girard devant les juges japonais (87). Ce militaire américain fut, en conséquence, traduit devant un tribunal japonais, sous l'inculpation d'homicide par imprudence et condamné à trois ans de travaux forcés avec sursis, le 19 novembre 1957, par le tribunal de district de Maebashi (88).

Ce tribunal trancha le délicat problème juridique, relatif au point de savoir si Girard, en tirant sur une femme japonaise alors qu'il gardait un champ de manœuvres, avait ou non accompli l'acte dommageable « dans l'exercice du service ». Le tribunal devait notamment déclarer à ce sujet : « Bien que la Cour soit à même de constater que cet acte a eu lieu alors que l'accusé était en service et qu'il s'est produit à l'endroit du service, l'acte n'a cependant pas de rapport direct avec l'accomplissement du service... Il ressort des faits établis par la Cour que l'acte n'a pas été commis au cours de l'exécution du service... L'acte peut seulement être regardé comme ... une action accomplie dans l'unique but de satisfaire le caprice momentané de l'accusé. » (89).

On peut dire qu'ayant renoncé à l'exercice de leur droit de juridiction, les Etats-Unis avaient implicitement admis ce point de vue. Il n'en demeure cependant pas moins que cette affaire était assez curieuse, dans la mesure où la faute personnelle fut ici appréciée par les autorités de l'Etat de séjour.

Notons toutefois qu'il en avait été pratiquement de même, deux ans auparavant, dans l'affaire Dennis Cheney. Un soldat américain, alors qu'il se trouvait en service commandé, en patrouille à bord d'un véhicule militaire, s'arrêta devant une maison japonaise, y pénétra et viola une femme japonaise qui s'y trouvait. Cependant, à la différence de l'affaire Girard, il n'y avait pas ici de contestation de la part des autorités américaines, qui avaient reconnu spontanément que l'acte dommageable n'avait pas été commis « dans l'exécution du service », mais revêtait le caractère d'une faute personnelle du militaire.

(87) Cf. Harvard Law Review, 1957, p. 140 ; A.J.I.L., 1957, p. 794.
(88) Cf. I.L.R., 1957, pp. 248-250.
(89) J.A.I.L., 1958, pp. 132-135.

En effet, si le fait incriminé s'était bien produit pendant le temps du service, on ne pouvait évidemment pas prétendre qu'il avait été accompli dans le but de remplir la fonction, ni avec les moyens de la fonction ! C'est pourquoi la Cour suprême du Japon, dans un arrêt du 3 mars 1955, avait décidé que l'expression « dans l'exécution du service », utilisée dans le texte de l'Accord administratif, devait être interprétée comme signifiant « au cours de l'accomplissement du service », plutôt que « durant les heures de service » (90). Les autorités japonaises s'en étaient donc tenues à cette interprétation lorsqu'avait surgi l'affaire Girard.

Une fois qu'il a été reconnu qu'on se trouve en présence d'une faute personnelle d'un membre d'une force armée stationnée en territoire étranger, il reste encore à assurer la réparation du dommage ainsi causé. Il nous faut donc envisager maintenant la mise en œuvre de la responsabilité pour faute personnelle dans le cadre des différents accords internationaux relatifs au statut des forces armées séjournant à l'étranger.

C. — *La mise en œuvre de la responsabilité pour faute personnelle.*

Quel que soit l'accord considéré, le montant de la réparation, en cas de dommage causé par une faute personnelle, est toujours fixé par les autorités de l'Etat de séjour. Cependant, le caractère de cette réparation n'est pas toujours le même.

a) *Fixation du montant de la réparation.*

Aux termes de l'article VIII, paragraphe 6, de la Convention de Londres, les autorités de l'Etat de séjour ont compétence pour instruire la demande en indemnité et fixer d'une manière juste et équitable le montant de l'indemnité due au réclamant, « en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, y compris la conduite et le comportement de la personne lésée ». Il pourrait se faire, en effet, que le dommage allégué soit, en définitive, le résultat d'une faute de la victime elle-même; ce qui constituerait évidemment une cause exonératoire de responsabilité. A la suite de cette instruction, les autorités de l'Etat de séjour établissent un rapport sur l'affaire, qu'elles adressent aux autorités de l'Etat d'origine. Une procédure identique est organisée par l'article XVIII, paragraphe 5, de l'Accord américano-japonais, qui prévoit également la fixation du montant de l'indemnité à verser au demandeur par les autorités japonaises.

Selon l'article 13 du Traité entre l'U.R.S.S. et la Pologne, dont les dispositions sont reprises par l'article 11 *b*) de l'accord avec

(90) J.A.I.L., 1958, pp. 136-138.

l'Allemagne de l'Est et l'article 9, alinéa 2, de l'accord avec la Roumanie, en cas de fautes personnelles commises par des militaires soviétiques, « le montant des indemnités sera fixé par le tribunal polonais compétent sur la base des réclamations présentées contre les auteurs du dommage ».

Ainsi, dans chaque cas, le montant de l'indemnité est toujours établi, à quelques variantes près, par les autorités de l'Etat sur le territoire duquel sont stationnées des troupes étrangères. La suite donnée à cette réclamation varie toutefois selon les pays en cause.

b) *Caractère de la réparation.*

Dans le cadre des accords bilatéraux conclus entre l'U.R.S.S. et les autres pays de démocratie populaire, la responsabilité internationale de l'Etat dont les troupes sont stationnées à l'étranger est plus nettement mise en jeu que dans le système défensif correspondant pour les Etats occidentaux. Le texte des accords conclus dans le cadre du Pacte de Varsovie montre, en effet, que la réparation faite par le gouvernement soviétique est perçue comme une véritable obligation juridique; tandis que les accords conclus par les Etats occidentaux ne considèrent la réparation que comme une compensation faite par courtoisie.

1) *Obligation de réparer.* Le texte des accords signés par l'U.R.S.S. fait expressément état d'un « engagement » du gouvernement soviétique d'indemniser le gouvernement de l'Etat de séjour. Ainsi, l'article 13, alinéa 2, du traité soviéto-polonais déclare notamment : « Le gouvernement de l'U.R.S.S. s'engage à indemniser le gouvernement de la République populaire polonaise pour tout dommage qui pourrait être causé à des établissements ou citoyens polonais, ou à des citoyens d'un Etat tiers qui se trouveraient sur le territoire de la République populaire polonaise, en raison des actes ou de la négligence de personnes faisant partie des troupes soviétiques, si les faits se sont produits en dehors du service. » Nous avons vu que le montant de l'indemnité était fixé par un tribunal de l'Etat de séjour. Et les accords précisent que l'U.R.S.S. doit verser cette indemnité dans un délai de trois mois suivant la date à laquelle la décision du tribunal est devenue exécutoire.

Il n'en va nullement ainsi dans le cadre de la Convention de Londres, ni dans l'accord américano-japonais. La réparation des dommages causés par des fautes personnelles de militaires à l'étranger n'y apparaît jamais comme obligatoire; elle est laissée à la discrétion de l'Etat d'origine.

2) *Indemnisation courtoise.* Lorsque l'Etat de séjour a instruit la demande en indemnité et a fixé le montant de la réparation, il appar-

tient aux autorités de l'Etat d'origine de décider s'il y a lieu de procéder à une indemnisation. De plus, cette indemnisation n'intervient jamais qu'à titre purement gracieux. Ainsi, selon l'article VIII, paragraphe 6, *b)* de la Convention de Londres, les autorités de l'Etat d'origine « décident ... si elles procèderont à une indemnisation à titre gracieux ». De même, selon l'article XVIII, paragraphe 5, *b)* de l'Accord administratif entre les Etats-Unis et le Japon, « les autorités américaines ... décideront ... s'il y a lieu pour elles d'effectuer un paiement à titre gracieux ».

Si l'Etat d'origine décide d'accorder une indemnité à titre gracieux et si cette offre d'indemnisation est acceptée à titre de dédommagement intégral par le réclamant, l'Etat d'origine effectue lui-même le paiement et fait connaître à l'Etat de séjour sa décision et le montant de la somme versée (91). Bien qu'il n'y ait pas ici, à proprement parler, une véritable mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'origine, celui-ci ne procède-t-il pas cependant à la réparation des conséquences dommageables de fautes personnelles de ses agents ? Le versement d'une indemnité, fût-ce à titre gracieux, ne constitue-t-il pas déjà, en lui-même, une reconnaissance de responsabilité ? On peut le soutenir. En effet, dès lors qu'il y a réparation, n'y a-t-il pas reconnaissance de responsabilité, puisque celle-ci s'analyse avant tout comme étant un « devoir de réparer » ? Cependant, le caractère de la réparation ainsi effectuée est assez spécial, dans la mesure où la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'Etat d'origine appartient ici à cet Etat lui-même. C'est en cela que réside précisément la difficulté d'une mise en œuvre de la responsabilité internationale pour faute personnelle dans le cadre de la Convention de Londres et de l'Accord administratif avec le Japon.

L'indemnisation ne s'impose pas à l'Etat; la responsabilité ne revêt donc nullement un caractère objectif en pareil cas. Ceci s'explique en partie par la pratique coutumière des Etats-Unis comme sous le nom de « *compensation as an act of grace* », que nous avons déjà mentionnée.

Si l'Etat d'origine refuse de verser une indemnité à titre gracieux, ou si l'indemnité versée n'est pas entièrement satisfaisante, une action personnelle peut être intentée devant les juridictions de l'Etat de séjour contre le militaire coupable de faute personnelle. La Convention de Londres précise, en effet, que les juridictions compétentes de l'Etat de séjour conservent le droit de statuer sur toute action qui serait intentée contre un membre d'une force armée « pour autant toutefois qu'un paiement entièrement satisfaisant n'ait pas été effectué ».

(91) Ainsi, dans l'affaire Girard, les Etats-Unis versèrent à la famille de la victime une importante somme d'argent à titre de compensation.

De la même manière, le dernier aliéna du paragraphe 5 de l'article XVIII de l'accord entre les Etats-Unis et le Japon déclare : « Aucune disposition du présent paragraphe ne sera interprétée comme limitant la compétence des tribunaux japonais à statuer sur l'action qui pourrait être intentée contre un membre des forces armées américaines ... pour autant toutefois que le demandeur n'aura pas reçu pleine réparation du dommage subi. » Sans doute, la responsabilité n'apparaît pas au plan international, lorsque l'Etat d'origine refuse de verser une indemnité et que seul le militaire fautif est jugé civilement responsable par les tribunaux de l'Etat de séjour. Il est toutefois permis de penser que l'Etat d'origine règlera le montant de l'indemnité réclamée. lorsque le dommage est trop important pour pouvoir être réparé par le militaire lui-même.

On ne saurait, en effet, sous-estimer la valeur et la force d'un impératif auquel l'Etat d'origine ne peut rester indifférent : la nécessité où il se trouve de tout mettre en œuvre pour entretenir un climat de bonne entente avec l'Etat sur le territoire duquel il entretient des troupes et assurer ainsi aux membres de ses forces armées des conditions de séjour plus aisées.

Il en résulte que l'Etat d'origine indemnisera presque toujours les victimes de dommages occasionnés par des fautes personnelles commises par des membres de ses forces armées stationnées en territoire étranger. La circonstance que des militaires puissent être amenés à séjourner à l'étranger influe, en définitive, sur l'admission de la responsabilité internationale pour faute personnelle, en rendant celle-ci plus facile.

Il faut toutefois reconnaître que cette relative facilité provient du fait que l'Etat lui-même a donné expressément son accord, soit par avance, comme c'est le cas pour les accords conclus par l'U.R.S.S., soit au moment où la réclamation est formulée, comme il en va notamment pour l'accord entre les Etats-Unis et le Japon. On peut donc s'avancer à dire que la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles commises par les agents de ses forces armées en territoire étranger n'existe, en définitive, que si l'Etat lui-même a préalablement donné son consentement. Cette responsabilité ne saurait évidemment s'analyser en une obligation de garantie, puisque l'indemnisation est alors purement volontaire.

Cependant, les conditions de survie des entités étatiques dans le monde actuel sont telles que tout Etat qui entretient des forces armées sur le territoire de pays alliés est pratiquement obligé de reconnaître sa responsabilité internationale pour les actes inautorisés commis par les membres de ces forces. Un gouvernement ne pourrait accepter bien longtemps que les dommages causés par des fautes personnelles de

militaires alliés sur son territoire ne fassent pas l'objet d'une responsabilité internationale de l'Etat d'origine, sous une forme ou sous une autre; son opinion publique ne le supporterait pas. De plus, comme les envois de troupes à l'étranger ont généralement lieu dans le cadre de programmes militaires d'alliance et d'assistance, il est nécessaire de tout mettre en œuvre pour ménager les susceptibilités nationales des pays alliés intéressés et maintenir la cohésion indispensable des alliances.

*
**

Ces considérations politiques ne sont plus, semble-til, à retenir, s'agissant d'autres agents qui exercent également leurs fonctions en territoire étranger et dont c'est même la raison d'être, à savoir : les agents diplomatiques et consulaires. Dès lors, la question se pose de savoir si la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents diplomatiques et consulaires peut être aussi facilement admise que pour les militaires séjournant en territoire étranger.

Section 5

LES AGENTS DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES

La responsabilité internationale de l'Etat semble pouvoir être aisément engagée par des fautes personnelles de fonctionnaires civils en poste à l'étranger, c'est-à-dire des agents diplomatiques et consulaires. Et ceci d'autant plus que ces agents bénéficient d'immunités juridictionnelles dans les pays où ils sont accrédités. En effet, du fait de l'existence de ces immunités, il ne saurait être question, pour un étranger victime d'un dommage occasionné par la faute personnelle du représentant officiel d'une puissance tierce, d'obtenir réparation du préjudice subi en intentant une action en responsabilité personnelle contre le fonctionnaire lui-même. Pour ces agents, la règle de l'épuisement des recours internes ne joue pas. La seule voie de réparation qui soit possible est donc la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat dont relève l'agent auteur de la faute personnelle.

Cette action en responsabilité peut évidemment être intentée, non seulement par l'Etat où cet agent est accrédité, mais aussi par tout autre sujet du droit des gens qui prendrait fait et cause pour l'un de ses ressortissants, lésé par une faute personnelle de l'agent en cause sur le territoire de l'Etat hôte.

Il importe, en conséquence, d'examiner le mécanisme selon lequel peut être engagée la responsabilité internationale de l'Etat pour des faits personnels de ses agents diplomatiques et consulaires. Dans cet examen, il faudra d'abord tenir compte des différentes conventions internationales qui contiennent quelques précisions à ce sujet. Il sera ensuite nécessaire d'analyser les décisions de jurisprudence intervenues en ce domaine. Nous envisagerons donc successivement les solutions conventionnelles et les solutions jurisprudentielles.

§ 1. — Les solutions conventionnelles.

Le droit conventionnel rend possibles des actions en responsabilité internationale contre les Etats dont les membres des missions diplomatiques et consulaires se rendraient coupables de fautes personnelles. Telle est, en effet, la solution que l'on peut dégager d'une interprétation des deux Conventions internationales élaborées sous les auspices des Nations Unies, l'une sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961, l'autre sur les relations consulaires, du 24 avril 1963.

Il convient de relever que c'était déjà la solution préconisée à la Conférence de codification de La Haye en 1930. La base de discussion n° 14, établie par le Comité préparatoire de la Conférence, affirmait, en effet, expressément : « Les actes accomplis par les fonctionnaires d'un Etat en pays étranger (tels que les agents diplomatiques et les consuls) agissant dans les limites apparentes à leurs fonctions sont imputables à cet Etat et peuvent, à ce titre, engager la responsabilité de celui-ci. » (92). Le gouvernement britannique se montrait encore plus explicite sur ce point, dans sa note du 14 novembre 1928 : « Un gouvernement est, en général, responsable des actes d'un fonctionnaire, par exemple d'un agent diplomatique ou d'un consul, agissant dans les limites apparentes de sa compétence dans le pays où il est établi, et causant un préjudice à un ressortissant de ce pays, même si le fonctionnaire a excédé sa compétence réelle, telle qu'elle est fixée par les lois de son propre pays ou par les instructions qu'il a reçues. Le ressortissant qui a subi le dommage ne possède, en effet, aucun moyen de connaître les instructions que le fonctionnaire peut avoir reçues et n'est pas présumé être au courant de la législation d'un pays étranger. » (93).

On ne saurait cependant assimiler totalement agents diplomatiques et agents consulaires; car il existe entre eux de profondes différences de nature. Les consuls ne sont pas, à proprement parler, des diplo-

(92) Publications de la S.N.D., Questions juridiques, 1929.V.3, p. 19.
(93) *Ibid.*, p. 203.

mates. Ce sont, certes, des agents officiels d'un gouvernement, mais sans caractère diplomatique. Ils ne sont pas de véritables « représentants » de l'Etat à l'étranger. C'est la raison pour laquelle il convient d'envisager séparément ces deux catégories d'agents.

I. — Les agents diplomatiques.

La Convention de Vienne du 18 avril 1961, adoptée par les représentants de 81 Etats, est venue codifier la matière des privilèges et immunités reconnus aux agents diplomatiques (94). Elle a notamment rappelé et consacré, dans son article 31, le principe de leur droit à l'immunité de juridiction (95). Ceci concerne essentiellement mais non exclusivement les fonctionnaires ayant la qualité de « diplomate », au sens donné à ce terme par l'article 1er, points *d*) et *e*) de la Convention. Il faut, en effet, retenir également le cas des membres du personnel des ambassades, auxquels la Convention de Vienne réserve une place à part. D'autre part, on ne saurait passer sous silence le fait que certains gouvernements entretiennent des missions commerciales officielles dans différents Etats. Faut-il considérer les membres de ces missions commerciales comme relevant du statut des agents diplomatiques ? Pour y répondre, il sera nécessaire d'analyser les accords intervenus pour fixer le statut des missions commerciales étatiques.

A. — *Les diplomates.*

L'immunité de juridiction reconnue aux diplomates est entendue de façon suffisamment large par le texte même de la Convention de Vienne, pour qu'elle puisse couvrir à la fois leurs actes de fonction et les faits qui leur sont personnels.

Cette interprétation trouve un appui solide, tant dans les travaux préparatoires que dans le texte même de la Convention. Ainsi, dans le Mémoire préparé par le Secrétariat des Nations Unies, le 21 février 1956, relatif aux relations et immunités diplomatiques (96), était contenue la proposition suivante : « La théorie des « nécessités de la fonction » pourrait servir de base à une convention internationale dont

(94) Cf. R.G.D.I.P., 1961, pp. 671-684.

(95) L'article 19 de la Convention de La Havane, du 20 février 1928, sur les agents diplomatiques précisait déjà : « Les agents diplomatiques échappent à toute juridiction civile ou criminelle de l'Etat auprès duquel ils se trouvent accrédités, et ne peuvent, sauf le cas où, dûment autorisés par leur gouvernement, ils auront renoncé à leur immunité, être poursuivis et jugés, que par les tribunaux de leur propre prays. » Cf. Accioly, *Traité de droit international public*, vol. II, p. 361.

(96) Document A/CN.4/98. Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, pp. 133-174.

l'objet serait de stipuler le minimum irréductible d'immunités dont les agents diplomatiques doivent bénéficier partout où ils exercent leurs délicates fonctions » (97). La Convention de Vienne devait toutefois nuancer cette théorie de l'intérêt de la fonction par celle du caractère représentatif du titulaire de la fonction. On peut, en effet, lire dans le Préambule : « Les Etats parties à la présente Convention... convaincus que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des Etats. » Aussi, la combinaison des notions de caractère représentatif et d'intérêt de la fonction a-t-elle permis un élargissement considérable de la notion même de fonction. « On ne considère pas, déclare M. Nguyen Quoc Dinh, les nécessités de la fonction par rapport à l'activité statutaire d'un fonctionnaire pris individuellement, mais par rapport aux activités de la mission en tant qu'entité » (98). C'est donc avec raison que le Doyen Colliard, recourant à la notion de « globalité », en déduit « la règle selon laquelle l'immunité couvre l'agent diplomatique d'une manière globale, c'est-à-dire non étroitement limitée et cantonnée à son activité professionnelle officielle, elle le couvre dans la réalité et dans la totalité de sa vie en tant qu'homme » (99). Les immunités reconnues aux diplomates concernent donc, non seulement l'activité officielle de l'agent en tant que tel, mais toute l'activité de la personne investie du titre d'agent diplomatique.

Notons que ce principe est admis depuis fort longtemps par la jurisprudence française. Ainsi, en 1891, devant la Cour de cassation, l'avocat général Desjardins déclarait : « Mais la Cour, ce me semble, devra résoudre du moins complètement la question de savoir s'il y a lieu de distinguer quant à l'immunité de juridiction, entre les actes accomplis par l'agent diplomatique comme représentant de son gouvernement et les actes qu'il n'accomplit que comme personne privée. Nous vous proposons de ne pas vous arrêter à cette distinction. » La Cour de cassation adopta cette façon de voir et refusa de faire une quelconque distinction entre les deux catégories d'actes (100).

De même, selon Sir Cecil Hurst, la jurisprudence anglaise considère qu' « un agent diplomatique accrédité auprès du souverain par un

(97) *Op. cit.*, p. 163.

(98) Nguyen Quoc Dinh, *La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations et immunités diplomatiques*, Cours Institut des Hautes Etudes internationales, Paris, 1961-1962, p. 60.

(99) C.A. Colliard, *La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, A.F.D.I., 1961, pp. 32-33.

(100) Affaire Errembault de Dudzeele, Clunet, 1891, p. 137.

Etat étranger est *absolument* exempt de toute poursuite devant les tribunaux anglais » (101).

Autrement dit, lorsque, par suite d'une faute personnelle, un représentant diplomatique aura lésé un Etat étranger, soit directement, soit en la personne d'un de ses ressortissants, cet Etat étranger n'aura guère d'autre solution, pour obtenir réparation, que de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat accréditant. En effet, le diplomate fautif restera couvert par l'immunité de juridiction, même en cas de faute personnelle de sa part, sauf renonciation expresse de son gouvernement (102).

Un Etat peut donc voir sa responsabilité internationale engagée très facilement, lorsqu'un de ses représentants diplomatiques en poste à l'étranger vient à commettre une faute personnelle. Il convient toutefois de noter que l'Etat, dont relève l'agent auteur de la faute personnelle, a toujours la possibilité d'empêcher la mise en cause de sa responsabilité internationale, en renonçant à l'immunité de juridiction reconnue à son agent. Les immunités étant accordées au diplomate dans l'intérêt exclusif de l'Etat qu'il représente, seul cet Etat peut y renoncer; car l'Etat est seul sujet des relations diplomatiques. Si l'Etat est ainsi le seul à pouvoir renoncer à l'immunité de juridiction de son agent, il faut cependant qu'il le fasse de façon expresse et, sans doute, avant même qu'apparaisse la réclamation diplomatique de l'Etat étranger. Dans le cas où il ne renoncerait pas à cette immunité, on devrait considérer qu'il a couvert la faute personnelle de son agent. Ce sera d'ailleurs le cas le plus fréquent; car la renonciation à l'immunité de juridiction conserve une portée assez limitée, en raison de son caractère exceptionnel. Pratiquement, une telle renonciation ne pourra être faite qu'en cas de crime grave commis par un diplomate; autant dire qu'elle est extrêmement rare.

Peut-on dire que la responsabilité internationale de l'Etat soit aussi facilement admise, lorsque le dommage a été causé à la suite d'une faute personnelle commise par un membre du personnel d'une Ambassade non revêtu de la qualité de diplomate ?

B. — *Le personnel de l'Ambassade.*

A côté des agents diplomatiques *stricto sensu* les membres du personnel administratif et technique, ainsi que les employés du service domestique des Ambassades jouissent également de l'immunité de

(101) Affaire The Republic of Bolivia Exploration Syndicate Ltd (1914), cité par C. HURST, *Les immunités diplomatiques*, R.C.A.D.I., 1926.II, p. 176.

(102) Prévue et organisée à l'article 32 de la Convention de Vienne. Il ne saurait y avoir de renonciation tacite de l'agent lui-même ; cf. arrêt de la Cour de cassation française, du 5 février 1954, Clunet, 1954, p. 782.

juridiction, par transposition du principe général. Cependant, l'immunité qui leur est reconnue ne peut être excipée que « pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions », selon l'article 37 de la Convention de Vienne. Au contraire, cette immunité de juridiction ne s'applique pas aux actes accomplis par eux en dehors de l'exercice de leurs fonctions.

Il est cependant difficile d'établir une distinction aussi nette entre les actes officiels et les actes personnels de ces agents. Ainsi, le portier d'une Ambassade qui, agissant conformément aux ordres reçus, empêche un ressortissant de l'Etat accréditaire de pénétrer dans les locaux de la mission et qui, manifestant quelque énervement, blesse ce ressortissant de l'Etat hôte, sera-t-il considéré comme ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors de celles-ci, en tant que personne privée ? L'acte dommageable commis par lui revêt-il le caractère d'un acte de fonction ou s'agit-il d'une faute personnelle ? Le texte adopté en 1961 n'apporte aucun élément de solution pour résoudre ce délicat problème.

De plus, la Convention de Vienne ne précise pas qui décidera du point de savoir si c'est un acte « fonctionnel » ou « personnel ». « Il est probable, note M. Philippe Cahier, que ce sera le tribunal devant lequel l'affaire sera portée et cela risque d'engendrer des incidents entre la mission et l'Etat accréditaire » (103).

Ainsi, en admettant le critère apparemment retenu par la Convention de 1961, on pourrait presque toujours reconnaître l'immunité de juridiction aux chauffeurs des missions diplomatiques qui provoquent des accidents de circulation, puisqu'ils causent généralement ces accidents dans l'exercice de leurs fonctions, à bord de véhicules officiels. C'est d'ailleurs la solution admise par certains Etats, notamment par l'Angleterre (104) et les Etats-Unis (105). Cependant, la plupart des autres Etats refusent de reconnaître cette immunité à ce personnel des missions diplomatiques. Le Brésil (106) et l'Argentine (107) notamment se montrent très fermes sur ce point. En fait, les Etats renoncent généralement à l'immunité en pareil cas.

Est-ce à dire que les fautes personnelles de ces agents subalternes ne sauraient entrer dans la catégorie des actes accomplis dans l'exercice des fonctions et que l'immunité qui leur est accordée par certains

(103) Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, p. 317.

(104) Cf. Joyce Gutteridge, *Immunities of the subordinate diplomatic staff*, B.Y.B., 1947, p. 148 et s.

(105) Hackworth, *Digest*, vol. IV, pp. 523-526.

(106) Cour suprême du Brésil, arrêt du 4 avril 1956, affaire Jursitis, I.L.R., 1956, p. 429.

(107) Cour suprême d'Argentine, 29 février 1956, affaire, Dorogoutsev, I.L.R., 1956, p. 430.

Etats le serait à titre purement gracieux. Il ne le semble pas. Nous avons vu que la faute personnelle commise par un agent étatique dans l'exercice apparent de la fonction, ou même avec les moyens de la fonction, pouvait entraîner la responsabilité internationale de l'Etat. Le texte de la Convention de Vienne ne paraît pas être en contradiction avec une telle formule. Une interprétation large de l'article 37 notamment conduit donc à déclarer qu'une faute personnelle d'un agent du personnel inférieur d'une mission diplomatique, peut être également couverte par l'immunité de juridiction.

On ne saurait cependant oublier que, pour les diplomates, l'Etat peut renoncer à cette immunité. Il serait anormal qu'il n'en soit pas de même pour les membres du personnel administratif et technique et les divers employés attachés à une mission diplomatique. Par conséquent, lorsqu'un agent entrant dans l'une de ces catégories se rendra coupable d'une faute qui lui est personnelle, il pourra ne plus être couvert par l'immunité de juridiction et voir sa responsabilité personnelle mise en cause devant les tribunaux de l'Etat accréditaire. Nous avons déjà noté que tel est généralement le cas pour les dommages occasionnés par les conducteurs des véhicules officiels des ambassades. Toutefois, pour des considérations d'opportunité politique, l'Etat accréditant pourra ne pas renoncer à l'immunité de juridiction, couvrir ainsi la faute de son agent et, par là même, voir sa responsabilité internationale engagée.

Le régime applicable aux diplomates doit être également étendu aux membres des missions commerciales étatiques qui revêtent, en un sens, un caractère diplomatique, du moins lorsque des accords internationaux sont intervenus pour fixer leur statut.

C. — *Les membres des missions commerciales étatiques.*

L'institution des missions ou des bureaux commerciaux a connu un assez grand développement après la première guerre mondiale, en raison de la nationalisation des diverses branches de l'économie de certains Etats (108). Dans un certain nombre de pays, à savoir essentiellement les Etats socialistes, le commerce extérieur constitue, d'après la législation interne, un monopole d'Etat. En vue d'assurer l'exercice de ce monopole, les gouvernements de ces pays ont été amenés à conclure, avec d'autres membres de la société internationale, des accords aux termes desquels leur est reconnu le droit d'avoir des missions com-

(108) FREUND, *L'Etat soviétique et le statut de ses représentations commerciales*, Clunet, 1934, pp. 5-21.

merciales officielles sur le territoire de ces Etats étrangers (109). Ceci soulève des difficultés particulières quant au statut des membres de ces missions. Il semble que, sauf convention contraire, les membres desdites missions, ne doivent ni ne puissent jouir d'aucune protection spéciale.

On admet assez généralement, en effet, qu'un Etat est assimilé à une personne privée et ne peut donc exciper d'une situation privilégiée, lorsqu'il agit sur le territoire d'un Etat étranger *jure gestionis* et non pas *jure imperii*. Ce principe était notamment contenu dans l'article 281 du Traité de Versailles : « Si le Gouvernement allemand se livre au commerce international, il n'aura à ce point de vue ni ne sera considéré avoir aucun des droits, privilèges et immunités de la souveraineté. »

Bien qu'on ne puisse cependant pas lui attribuer la même force et la même portée, une déclaration que fit, en 1824, le célèbre Chief Justice Marshall réaffirmait également ce même principe : « C'est un principe reconnu que, si un gouvernement devient partie d'une société commerciale, il renonce, en tant qu'il s'agit des transactions de cette société, à son caractère souverain pour prendre celui d'un particulier » (110).

Pour écarter l'application de ce principe, il est donc nécessaire qu'il y ait un accord exprès entre les Etats en cause. Ce fut la solution retenue par la Commission du droit international des Nations Unies. Dans le commentaire accompagnant le projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques élaboré en 1958, il était, en effet, précisé : « En ce qui concerne les missions commerciales, il y a lieu de faire observer que la question de la représentation commerciale proprement dite, c'est-à-dire dépassant le rôle des attachés commerciaux d'une mission diplomatique, n'a pas été traitée dans le projet parce qu'elle est habituellement réglée par voie d'accords bilatéraux » (111).

Ce problème a été tranché entre la France et l'U.R.S.S. par un accord commercial en date du 11 janvier 1934 (112), modifié par les accords du 29 décembre 1945 (113) et du 3 septembre 1951 (114), concernant le statut de la mission commerciale soviétique en France. Aux termes de l'article 5 de l'Accord de 1951, dont les dispositions ont été

(109) Ces missions commerciales sont absolument distinctes de l'institution des attachés commerciaux que l'on rencontre dans un grand nombre de missions diplomatiques.

(110) Cité par Karl Strupp, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1934-I, p. 511.

(111) Annuaire de la Commission, 1958, vol. II, p. 93.

(112) Cf. Paul Tager, *L'Etat russe commerçant et le Traité franco-soviétique*, Clunet, 1934, p. 22 et s.

(113) Clunet, 1946-1949, pp. 402-407.

(114) J.O.R.F., 27 février 1953, p. 1960.

prorogées par un Protocole signé à Paris le 14 novembre 1958 (115), « le commerce extérieur soviétique constituant, d'après les lois de l'U.R.S.S., un monopole d'Etat, le Gouvernement de la République française reconnaît au Gouvernement de l'U.R.S.S. le droit d'avoir en France une représentation commerciale destinée à y effectuer toutes les opérations découlant de l'exercice de ce monopole ». Celle-ci est considérée comme faisant « partie de l'ambassade de l'Union des Républiques socialistes soviétiques en France »; et il est précisé que « le chef de la représentation commerciale de l'U.R.S.S. en France et ses deux adjoints bénéficient de tous les droits et privilèges accordés aux membres des missions diplomatiques », de même qu'est affirmé le principe d'exterritorialité des locaux de la mission (art. 6). Ceci se conçoit aisément, dans la mesure où les deux parties contractantes ont reconnu que les membres de la mission exerçaient leurs fonctions au nom du Gouvernement soviétique (art. 8) ; ils représentent en quelque sorte un souverain étranger.

En effet, la Représentation commerciale soviétique n'est pas une personne morale distinctive de l'Etat soviétique. Ce n'est même pas un organisme spécial et indépendant dans sa forme juridique, qui exerce le commerce au nom de l'Etat. C'est l'Etat soviétique lui-même qui agit comme commerçant par l'intermédiaire des membres de la mission. Ceux-ci sont ses mandataires. Par conséquent, les droits et obligations qu'ils contractent le sont directement au nom et pour le compte de l'Etat soviétique. En cela, ils peuvent engager la responsabilité de celui-ci. Cependant, en tant que mandataires, ils ne peuvent engager cette responsabilité en dehors de leur mandat. En cas de dépassement des limites de son mandat, le chef de la mission commerciale devrait donc être tenu personnellement responsable. Mais, étant couvert par l'immunité diplomatique, la seule forme de responsabilité qui restera possible sera la mise en œuvre de la responsabilité internationale de son Gouvernement, puisque la règle de l'épuisement des recours internes ne pourra pas être appliquée ici.

A la question de savoir si les membres des missions commerciales étatiques peuvent être assimilés aux agents diplomatiques, il faut donc répondre par l'affirmative, lorsqu'un acte conventionnel en dispose ainsi. Par conséquent, en cas de faute personnelle d'un agent de ces missions, susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat, le régime suivi sera celui généralement adopté pour les représentants diplomatiques.

Notons que ce régime paraît également s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux membres des missions militaires étrangères. Ainsi, un accord entre le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement de Bolivie,

(115) J.O.R.F., 8 juillet 1959, p. 6787.

relatif à l'envoi en Bolivie d'une mission militaire américaine, signé à La Paz le 30 juin 1956 (116), prévoit, en son article 14, que « les membres de la Mission jouiront de l'immunité de juridiction civile... pour tous les actes ou omissions dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Le point de savoir si l'auteur d'un acte agissait ou non dans l'exercice de ses fonctions sera tranché par le Chef de la Mission et le ministre de la Défense, agissant conjointement. Par conséquent, lorsque les autorités compétentes de l'Etat d'envoi estimeront que leur agent a commis une faute personnelle, elles auront également la possibilité d'éviter la mise en cause de leur responsabilité internationale en renonçant à l'immunité reconnue à l'agent fautif.

Telles sont les solutions conventionnelles applicables à tous ceux que l'on peut considérer comme des agents diplomatiques, au sens large de l'expression. La question se pose alors de savoir s'il existe, dans la matière qui nous occupe, de grandes différences entre ces agents diplomatiques et les consuls. Pour y répondre, il convient de retenir à présent le cas de ces derniers.

II. — Les agents consulaires.

Avant d'adoption, le 24 avril 1963, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de nombreuses conventions consulaires bilatérales étaient venues proclamer le principe de l'immunité de juridiction des consuls. Cette immunité de juridiction, moins étendue, certes, que celle dont bénéficiaient les agents diplomatiques, était cependant suffisante pour couvrir les actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, à côté des traités consulaires traditionnels, un certain nombre de Conventions générales étaient également intervenues en ce domaine. C'est ainsi que l'article 16 de la Convention de La Havane, du 20 février 1928, consacrait l'immunité de juridiction pour les actes accomplis par les consuls en leur qualité officielle et dans les limites de leur compétence (117). La lettre du texte permettait même de dire que l'immunité jouerait également pour les actes que les consuls auraient accomplis en se couvrant de leur qualité officielle, pour ceux qu'ils auraient commis dans les limites apparentes de leur compétence.

La Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, qui s'est tenue à Vienne du 4 mars au 22 avril 1963 (118), est venue réaf-

(116) R.T.N.U., vol. 271, pp. 286-293.

(117) Recueil des Traités de la S.D.N., vol. 155, p. 310.

(118) Cf. Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Communiqué de presse, 23 avril 1963, LV/18. Le texte de la Convention a été adopté à l'unanimité des 92 Etats représentés à la Conférence ; cf. Documents O.N.U., A/CONF, 25/12, 63-11884.

firmer le principe de l'immunité de juridiction des agents consulaires (119), mais sans faire état des abus de fonction et sans se référer à la notion d'apparence de fonction. En effet, l'article 43, alinéa 1er, de la Convention s'est borné à reprendre les propositions de la Commission du droit international des Nations Unies, en matière d'immunité de juridiction. Dans son deuxième rapport à la Commission du droit international concernant les relations et immunités consulaires, M. Jareslav Zourek proposait l'adoption de la disposition suivante : « Les membres du personnel consulaire ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'Etat de résidence à raison d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions » (120). L'article 43 de la Convention est à peu près identique : « Les fonctionnaires consulaires et les employés consulaires ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'Etat de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires. » Ce texte est toutefois très vague; et, en raison de cette imprécision, on ne peut guère, pour le moment, que l'interpréter en tenant compte de la jurisprudence interne.

A. — *L'imprécision de la Convention de Vienne.*

Certes, l'article 5 de la Convention énumère toute une liste des missions qui incombent aux consuls et qui constituent les fonctions consulaires. Cependant, le texte de Vienne ne précise nulle part ce qu'il faut entendre par « actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires ». Or, celles-ci sont très largement entendues. Ainsi, l'alinéa *a*) de l'article 5 déclare qu'il appartient aux consuls de « protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international ». A supposer qu'un fonctionnaire consulaire sorte des limites ainsi tracées par le droit international (121), dira-t-on qu'il a tout de même agi dans l'exercice de ses fonctions consulaires ? Ou bien, faudra-t-il admettre qu'il a commis un acte personnel, pour lequel l'immunité de juridiction ne joue pas ? Il semble difficile, à première vue, de trancher dans un sens ou dans l'autre, d'autant plus qu'on se trouve ici en matière purement conventionnelle.

La Convention de Vienne de 1963 n'a donc pas résolu cette première difficulté. De plus, elle ne précise pas qui décidera du point de savoir

(119) Il convient toutefois de noter que l'immunité de juridiction pénale n'existe pas pour les consuls dans tous les cas, puisqu'ils peuvent être mis en état d'arrestation ou de détention préventive en cas de crime grave, à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire compétente (art. 41, al. 1er de la Convention).

(120) Projet d'articles provisoires, article 34, al. 1er, Document A/CN.4/L. 86, Annuaire de la Commission, 1960, vol. II, p. 34.

(121) Ces limites sont elles-mêmes très imprécises.

si un acte dommageable commis par un consul a été accompli à titre officiel ou à titre purement privé. Il est probable que l'autorité compétente en cette matière sera la juridiction devant laquelle l'affaire sera portée. L'article 41 de la Convention, relatif à l'inviolabilité personnelle des fonctionnaires consulaires, permet, semble-t-il, de se prononcer en ce sens : « Les fonctionnaires consulaires ne peuvent être mis en état d'arrestation ou de détention préventive qu'en cas de crime grave et à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire compétente. » Certes, le crime de droit commun commis par un consul constitue un fait revêtant incontestablement toutes les caractéristiques de la faute personnelle. Mais il est bien d'autres actes dommageables pour lesquels la réponse n'est pas aussi aisée. Permettre aux juridictions de l'Etat de résidence de trancher le problème risque, en conséquence, de provoquer des incidents avec l'Etat d'envoi.

C'est la raison pour laquelle on relève, dans la pratique de certains Etats, une tendance à reconnaître l'immunité de juridiction même pour les actes que les agents consulaires n'ont pas accompli en leur qualité officielle. La jurisprudence des tribunaux internes fournit, en effet, quelques éléments d'appréciation susceptibles d'éclairer le texte de la Convention de Vienne sur ce point, bien que l'on ne puisse pas considérer cette jurisprudence interne comme traduisant nécessairement la pratique des Etats, en raison même de la diversité des opinions que l'on y rencontre.

B. — *L'interprétation de la Convention à la lumière de la jurisprudence interne.*

Certaines instances judiciaires étatiques se reconnaissent compétentes pour qualifier les actes des agents consulaires étrangers. D'autres juridictions internes se refusent, au contraire, à procéder à la qualification des actes des consuls étrangers et déclarent que ces agents bénéficient d'une immunité de juridiction presque absolue. Cette dernière opinion représente, semble-t-il, la tendance actuellement dominante.

Comme exemple de la première tendance, on peut retenir l'affaire Bigelow, en 1926, dans laquelle le directeur du service des passeports au Consulat des Etats-Unis à Paris, assigné devant le tribunal correctionnel de la Seine pour le délit de diffamation qu'il aurait commis en révélant à un journaliste les motifs pour lesquels il avait refusé de viser un passeport, fit valoir que le tribunal était incompétent, en invoquant le fait que les agents consulaires ne pouvaient être cités devant les tribunaux du pays de résidence à raison d'actes relevant de leurs fonctions ou même de fautes liées à ces actes. L'agent consulaire américain reconnaissait, dans une certaine mesure, qu'il avait commis une faute; mais il estimait que cette faute était liée à un acte de fonction

et que l'immunité de juridiction devait, en conséquence, jouer à son égard. Le tribunal écarta cependant ce point de vue et en arriva à la conclusion que l'agent consulaire n'était pas resté dans les limites de ses fonctions; dès lors, il était passible des peines prévues pour le délit de diffamation. Dans cette affaire, la juridiction française avait ainsi été amenée à dire que, puisqu'il y avait eu faute personnelle de l'agent consulaire, celui-ci n'était plus couvert par l'immunité et sa responsabilité pouvait être mise en cause sur le for interne français. Le tribunal s'était donc livré à une qualification de l'acte de l'agent étranger, en relevant notamment qu'on se trouvait en présence d' « une faute lourde ayant un caractère personnel » (122).

Il arrive, au contraire, que les tribunaux internes se déclarent incompétents pour apprécier les actes de consuls étrangers, non seulement lorsqu'ils ont agi dans l'exercice apparent ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, mais encore dans l'hypothèse où les actes d'un consul étranger sont entachés d'excès de pouvoir, l'appréciation de cet excès de pouvoir relevant de la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat d'envoi. Le tribunal civil de Marseille devait notamment en décider ainsi, dans un jugement rendu le 18 octobre 1956, Boyer c/Aldrete, et refuser de se reconnaître compétent pour apprécier les actes du Consul général de Panama, estimant que « cette incompétence absolue subsisterait même dans l'hypothèse où les actes d'un consul étranger seraient entachés d'excès de pouvoir ou détournement de pouvoir, les tribunaux de l'Etat qu'il représente étant seuls qualifiés pour apprécier de tels abus » (123). Ce qui revenait à dire que le seul moyen d'obtenir réparation, pour l'étranger lésé du fait de cet excès de pouvoir, était de tenter de mettre en œuvre l'action internationale en responsabilité contre l'Etat dont relevait l'agent consulaire en cause.

Telle semble être d'ailleurs la solution que l'on peut finalement dégager, car elle permet d'éviter bien des malentendus et d'éliminer les risques d'incidents : elle est aussi la plus conforme aux exigences de la logique et, comme nous le verrons, à la pratique internationale, telle qu'elle résulte des décisions arbitrales.

Lorsqu'un agent consulaire, en commettant une faute personnelle, cause un dommage à un Etat étranger, soit directement, soit en la personne de ses nationaux, cet Etat pourra donc mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat d'envoi. Ce n'est toutefois pas à dire que le fonctionnaire consulaire coupable de faute personnelle ne pourra jamais être directement responsable. En effet, l'article 43, alinéa 2 de la Convention de Vienne prévoit que l'immunité de juridiction ne

(122) Clunet, 1928, pp. 142-146.
(123) I.L.R., 1956, p. 445 ; Gazette du Palais, 17-20 novembre 1956.

s'applique pas « en cas d'action civile résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'Etat d'envoi, ou intentée par un tiers pour un dommage résultant d'un accident causé dans l'Etat de résidence par un véhicule, un navire ou un aéronef ». Ainsi, en cas d'accident automobile causé par un consul ou un employé de la mission consulaire, l'auteur du dommage pourra en être rendu responsable personnellement, que l'acte dommageable ait été commis dans l'exercice des fonctions consulaires ou en dehors de celles-ci. En outre, aux termes de l'article 45, l'Etat d'envoi a toujours la possibilité de renoncer, à l'égard des membres d'un poste consulaire, aux privilèges et immunités qui leur sont reconnus, à condition que cette renonciation soit expresse et communiquée par écrit à l'Etat de résidence. Dans cette hypothèse, il est évident que le consul auteur d'une faute personnelle dommageable pourra être déclaré responsable par les tribunaux de l'Etat de résidence. L'Etat d'envoi n'est cependant pas tenu de renoncer à l'immunité de juridiction. Dès lors que cette renonciation n'intervient pas, la seule voie de réparation restera, là encore, la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat d'envoi.

En définitive, sous réserve des dispositions de l'article 43, alinéa 2, il nous paraît possible d'interpréter la Convention de Vienne par application de la règle internationale coutumière qu'Anzilotti formulait de la manière suivante : « Il est sans importance pour le droit international que le consul ait ou non respecté les règles de compétence du droit public interne et les instructions de l'Etat qui l'a nommé » (124).

Par conséquent, il ne semble pas y avoir, en matière de responsabilité internationale pour faute personnelle, une différence très marquée entre les agents diplomatiques et consulaires au niveau des solutions conventionnelles. Ce point de vue apparaît plus clairement encore si l'on examine les solutions jurisprudentielles internationales.

§ 2. — Les solutions jurisprudentielles.

La mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat à raison de fautes personnelles de ses agents diplomatiques est une éventualité assez rare en pratique. On ne peut guère citer ici qu'un précédent connu, dans lequel un Etat fut jugé responsable de l'action d'un de ses représentants diplomatiques, qui avait eu recours aux services d'un conseil juridique sans autorisation de son Gouvernement. Il s'agit de l'affaire Trumbull entre les Etats-Unis et le Chili (125).

(124) Anzilotti, *Cours de droit international*, p. 279.
(125) Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3570.

L'ambassadeur des Etats-Unis à Santiago du Chili avait outrepassé ses instructions en faisant appel à un conseil pour une délicate affaire d'extradition. Le Gouvernement américain devait, par la suite, refuser de verser des honoraires à ce conseil, arguant du fait qu'il n'avait point à endosser les conséquences d'un abus de pouvoir de son ambassadeur. La Commission arbitrale instituée par une convention du 7 août 1892, saisie du litige, estima cependant que le réclamant « était fondé à présumer que le ministre des Etats-Unis avait agi conformément aux instructions du secrétaire d'Etat, ainsi qu'à la règle selon laquelle les frais d'extradition, y compris les honoraires du conseil, sont à la charge de l'Etat demandeur ». En conséquence, les Etats-Unis furent déclarés responsables de ce qu'ils estimaient cependant constituer une faute personnelle de leur ambassadeur, en ce sens que la Commission arbitrale affirma qu'ils étaient dans l'obligation de verser, en plus des honoraires demandés, une indemnité à titre de dommages-intérêts. On peut dire que la Commission s'était prononcée en ce sens sur la base du critère de l'apparence de fonction : l'étranger lésé avait valablement pu croire que l'ambassadeur américain avait agi sur l'ordre de son Gouvernement et conformément aux instructions reçues. Cette responsabilité fut admise d'autant plus facilement que l'étranger victime du dommage ne disposait pratiquement d'aucun moyen de recours direct contre l'agent diplomatique des Etats-Unis. Il semble cependant qu'il s'agit là d'un cas isolé.

L'examen de la pratique révèle que les cas de responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents consulaires sont, au contraire, relativement plus fréquents. On peut citer un certain nombre de précédents, desquels il résulte qu'un Etat est internationalement responsable des fautes personnelles de ses fonctionnaires consulaires, du moins tant qu'il n'a pas expressément désavoué leurs actes ; car son silence équivaut à un acquiescement.

La Commission mixte Etats-Unis-Vénézuéla, instituée par un accord du 5 décembre 1885, a apporté, dans l'affaire Brissot, quelques précisions à ce sujet, en décidant qu'un Etat était responsable des fautes personnelles de ses fonctionnaires dans quatre cas :

« 1° Le gouvernement peut avoir eu connaissance, suffisamment tôt pour l'empêcher, de l'acte illégal que son fonctionnaire se proposait de commettre, et ne l'a pas effectivement empêché;

2° Ayant été en mesure de révoquer en temps utile l'acte de son fonctionnaire, il n'a pas agi en ce sens;

3° L'ignorance de l'intention du fonctionnaire de commettre l'acte en question peut, en raison des circonstances, être jugée malveillante ou criminelle;

4° Etant au courant des faits, le Gouvernement ne s'est pas hâté de blâmer les actes de son agent ou de prendre des mesures appropriées en vue d'éviter le renouvellement ultérieur des mêmes faits » (126).

Par conséquent, la responsabilité de l'Etat est retenue parce qu'il est, en quelque sorte, lui-même en faute. A n'en pas douter, ce sont ces considérations qui ont été retenues dans les deux affaires suivantes, concernant des fonctionnaires consulaires.

Dans l'affaire de la Compagnie générale des Asphaltes de France, tranchée en 1903, le Gouvernement britannique prétendait rendre le Vénézuéla responsable des agissements de son consul à la Trinidad (127). Celui-ci, excédant ses pouvoirs, s'était, en effet, livré à la perception de droit de douanes sur des cargaisons de navires à destination de ports vénézuéliens et avait ainsi commis un acte de souveraineté, au nom du Vénézuéla, sur un territoire britannique, offensant par là même le Gouvernement de Grande-Bretagne. Le Gouvernement vénézuélien répondait, en défense, qu'il s'agissait de fautes strictement personnelles de son agent et qu'il ne pouvait, en conséquence, en endosser la responsabilité et être tenu d'en réparer les conséquences dommageables. Néanmoins, le surarbitre Plumley admit la responsabilité du Vénézuéla estimant, que « la responsabilité du Gouvernement défendeur est la même, qu'il ait autorisé ou ordonné certains de ces actes, ou qu'il les ait simplement ratifiés par son silence et son acquiescement ». En effet, si un agent consulaire a agi en excédant les pouvoirs qui lui étaient normalement dévolus et a, à cette occasion, lésé un Etat étranger, son Gouvernement est obligé de désavouer l'acte de son agent et d'annuler autant que possible ses effets, s'il veut écarter la mise en jeu de sa responsabilité internationale. En l'espèce, le surarbitre avait estimé que la faute de l'agent consulaire vénézuélien était imputable à son Gouvernement, puisque celui-ci avait apparemment endossé cette faute en ne la désavouant point de façon expresse.

De la même manière, dans l'affaire Hemming, la Commission des réclamations anglo-américaine admit, le 18 décembre 1920, la responsabilité internationale des Etats-Unis pour les actes non autorisés d'un de leurs fonctionnaires consulaires (128). En la circonstance, un consul américain avait eu recours aux services d'un « attorney » pour intenter, au nom de son gouvernement, une action judiciaire visant à réprimer et à empêcher la contrefaçon de monnaies américaines en Inde. La Commission fonda sa décision sur le fait que le Gouvernement des Etats-Unis n'ignorait pas « que Hemming était employé dans une pro-

(126) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 2949.
(127) Ralston, *Venezuelian arbitrations*, p. 331 ; R.S.A., vol. IX, p. 390.
(128) Nielsen, *Report*, pp. 617-623 ; A.D., 1919-1922, p. 170.

cédure entreprise au seul bénéfice de ce gouvernement, que celui-ci n'avait formulé, au cours de l'affaire, aucune objection contre les mesures prises par son consul, mais semblait, en quelque sorte, avoir implicitement approuvé ces mesures et le recours aux services de Hemming. Ce dernier avait, d'autre part, valablement pu croire que le consul américain agissait dans les limites de ses fonctions et l'avait recruté sur ordre de son gouvernement ». Cette affaire était donc semblable à l'affaire Trumbull précédemment envisagée.

Lorsqu'un agent consulaire commet une faute personnelle, son gouvernement doit donc désavouer son acte, pour ne pas être rendu responsable des conséquences dommageables de ce fait personnel. Si aucune mesure n'est prise par le Gouvernement, on est en droit de considérer qu'il a endossé l'acte de son agent. La faute de celui-ci peut alors être mise à la charge de son gouvernement.

Que se passerait-il si l'Etat d'envoi désavouait expressément l'acte de son agent consulaire ? Ne pourrait-il jamais y avoir de responsabilité internationale en cette hypothèse ? Le problème ne paraît pas s'être posé en pratique, du moins à notre connaissance. Il est cependant permis de penser que l'Etat pourrait tout de même être déclaré responsable, nonobstant le fait qu'il aurait blâmé son agent, car l'étranger lésé n'aurait autrement aucune possibilité d'obtenir réparation, à moins que l'Etat d'envoi renonce à l'immunité de juridiction de son consul. Par conséquent, lorsqu'un Etat désavoue un de ses agents consulaires qui s'est rendu coupable de faute personnelle, il lui faut aussi renoncer à l'immunité de juridiction, s'il veut éviter la mise en œuvre de sa responsabilité internationale, de façon à permettre à l'étranger victime d'un dommage d'intenter une action en responsabilité directement contre l'agent consulaire auteur du fait dommageable.

Nous croyons pouvoir dire qu'en dehors des cas où l'Etat d'envoi renonce expressément à l'immunité de juridiction de son agent, cet Etat pourra toujours voir sa responsabilité internationale engagée à la suite de fautes personnelles d'un de ses agents consulaires.

Ainsi, les fautes personnelles commises par des agents diplomatiques et consulaires peuvent engager très facilement la responsabilité internationale de l'Etat. On est donc fondé à déclarer que la nature même des fonctions exercées par l'agent auteur de la faute personnelle tend à rendre plus facile l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat. La fonction de l'agent constitue, à certains égards, une circonstance aggravante de responsabilité.

Si telle est l'influence exercée par la situation objective de l'agent, c'est-à-dire, par la nature des fonctions qu'il exerce, qu'en est-il de ce qu'on peut appeler, par opposition, sa « situation subjective », c'est-à-dire de son comportement ?

CHAPITRE II

L'influence du comportement de l'agent.

Si la nature des fonctions de l'agent exerce une influence certaine sur la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat, le comportement de l'auteur de la faute personnelle est également retenu par la jurisprudence internationale.

Le comportement personnel d'un agent revêt, peut-on dire, un double aspect. C'est, d'une part, une sorte de comportement intellectuel et moral, c'est-à-dire, essentiellement une intention. Mais c'est aussi, d'autre part, le comportement tel qu'il est finalement extériorisé, tel qu'il peut être objectivement perçu. Il convient donc de distinguer ici entre les intentions de l'agent et son attitude.

Section I

LES INTENTIONS DE L'AGENT

La jurisprudence internationale s'attache fréquemment au caractère malveillant de l'acte reproché à l'agent. Il lui arrive, en effet, de rechercher le mobile qui a inspiré son acte à l'agent étatique et qui peut être tout à fait étranger à l'intérêt du service dont il a la charge. Tout agent peut être amené à se servir des pouvoirs et prérogatives que lui donne sa fonction pour assouvir une vengeance personnelle ou pour satisfaire un intérêt d'ordre purement privé. Le juge ou l'arbitre international pourra en tenir compte, lorsqu'il aura à résoudre un problème de responsabilité, pour admettre ou rejeter une réclamation.

Dans son arrêt rendu le 27 août 1952, relatif aux droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc, la Cour internationale de justice

a ainsi été amenée à préciser que les autorités internes doivent « user raisonnablement et de bonne foi » des compétences qui leur sont attribuées par le droit international (1). Ceci suppose donc que le juge international ait la possibilité de procéder à la recherche des intentions d'un agent étatique. En particulier, le juge ou l'arbitre international doit être en mesure d'examiner les motifs qui ont poussé l'agent à commettre une faute.

Effectivement, on rencontre un nombre assez important de litiges où cette recherche et cet examen des intentions ont tenu un rôle non négligeable. La pratique jurisprudentielle internationale a fait de nombreuses applications de cette idée.

Dans l'affaire de la frégate « Forte », qui opposait le Brésil et la Grande-Bretagne, le roi des Belges, avant de rendre sa sentence, le 18 juin 1863, examina s'il y avait eu quelque intention malveillante de la part des autorités brésiliennes, comme le soutenait le Gouvernement britannique, — malveillance qui aurait « été à l'origine des incidents » (2). De la même manière, le surarbitre Plumley, tranchant l'affaire Maal en 1903, procéda à un examen minutieux des intentions des agents vénézuéliens qui avaient outragé un ressortissant hollandais (3).

Cette recherche des intentions fut faite également de façon très nette, par la Cour permanente d'arbitrage, lors de l'affaire des déserteurs de Casablanca. Le tribunal arbitral estima, en l'espèce, que le Consul allemand n'avait commis qu'une « faute non intentionnelle », tandis que le Secrétaire du Consulat avait, au contraire, « intentionnellement » cherché à faire embarquer des déserteurs de nationalité non allemande (4).

On pourrait encore citer de nombreuses affaires dans le même sens, au cours desquelles les tribunaux internationaux ont été amenés à procéder à la recherche des intentions de l'auteur d'un acte dommageable. Mentionnons seulement la décision rendue le 3 septembre 1935 par la Commission italo-éthiopienne de conciliation et d'arbitrage dans l'incident de Walwal, où il devait être notamment relevé que les autorités locales éthiopiennes avaient pu, par leur attitude, « laisser l'impression qu'elles avaient des intentions agressives » (5).

Précisément, le juge ou l'arbitre international ne peut jamais apprécier une intention qu'à travers un comportement externe. Il lui est, en effet, extrêmement difficile, voire même parfois impossible de se fon-

(1) C.I.J., Recueil, 1952, p. 212.
(2) R.A.I., tome II, pp. 241-242.
(3) RALSTON, *Venezuelian arbitrations*, p. 914 ; R.S.A., vol. X, p. 731.
(4) SCOTT, *Travaux de la C.P.A.*, p. 114.
(5) R.S.A., vol. III, p. 1666. Cf. également P. REUTER, *La responsabilité internationale*, pp. 75-77.

der ici sur des certitudes. Tout au plus, peut-il se former une opinion en se fondant sur des impressions que lui procurent certains faits tangibles. Ce sont seulement des impressions qui peuvent l'amener à penser qu'un acte a été commis par malveillance ou, au contraire, de bonne foi. En effet, l'examen subjectif des intentions d'un agent étatique par le juge international est pratiquement impossible. Il ne lui est guère loisible d'étudier l'état d'âme ou de sonder la conscience de l'agent étatique.

Il semble toutefois qu'en cas de doute sur les intentions de l'agent fautif, il y ait comme une présomption de responsabilité à la charge de l'Etat, dont il relève. Ainsi, dans l'affaire Biajo Cesarino, où il s'agissait du meurtre d'un ressortissant italien commis de propos délibéré par un agent de police vénézuélien, mais apparemment en l'absence de toute inimitié personnelle, le surarbitre Ralston, président de la Commission des réclamations, estima qu'il était impossible de déterminer si la victime avait été tuée « dans un esprit de bravade téméraire ou dans une panique déraisonnable » (6). En conséquence, la réclamation du gouvernement italien fut admise et le Vénézuéla condamné au versement de dommages-intérêts. De même les autorités chinoises consentirent, en 1904, à indemniser la famille d'un correspondant de guerre américain qui avait été tué par des soldats chinois, sans qu'il fût possible de savoir si le meurtre avait été « prémédité ou intentionnel » (7).

L'intention qu'avait l'agent de causer le dommage peut cependant transparaître à travers une erreur de conduite caractérisée, une « malignité » quelconque. De là, le juge international aura la possibilité de déduire que l'agent étatique avait le désir de nuire et était dans la plus complète insouciance des devoirs de sa charge ou des intérêts des tiers. L'appréciation de cet élément éminemment subjectif que constitue une intention se réalise donc sur la base de faits extérieurs donnés, que l'on suppose dictés par une volonté mauvaise, par une intention maligne. Certaines circonstances permettent ainsi de conclure que l'agent étatique a agi dans l'unique but de causer un dommage, dans une intention mauvaise.

Cependant, il existe des cas dans lesquels l'agent a seulement eu en vue l'accomplissement des devoirs du service, sans aucune intention de nuire. Parfois même, non seulement l'agent n'avait aucune volonté de causer un dommage, mais encore il ne prévoyait même pas qu'un préjudice résulterait de son action. Il a, par conséquent, agi de bonne foi.

(6) Ralston, *Venezuelian arbitrations*, p. 770 ; R.S.A., vol. X, p. 598.
(7) Affaire Etzel, Moore, *Digest*, vol. VI, p. 765.

Nous envisagerons successivement ces deux aspects : l'intention mauvaise de l'agent et la bonne foi de l'agent.

§ 1. — L'intention mauvaise de l'agent.

Il n'est pas douteux que la faute d'un agent étatique est personnelle à son auteur, lorsqu'elle a été commise dans une intention mauvaise. L'agent trahit alors sa mission; il s'en sert pour commettre un dommage. Par conséquent, son gouvernement peut tenter d'écarter toute responsabilité internationale en invoquant cette intention mauvaise de la part de l'agent. Le fait est que certaines décisions jurisprudentielles ont déclaré que l'Etat n'était pas responsable des actes dommageables commis par ses agents dans une intention malveillante.

Il faut toutefois reconnaître que de nombreuses autres sentences arbitrales admettent la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents commises par malveillance.

Aussi convient-il d'examiner successivement les affaires dans lesquelles fut repoussée la responsabilité de l'Etat et celles où elle fut, au contraire, retenue.

I. — Le rejet de la responsabilité.

On trouve, dans la jurisprudence internationale et la pratique diplomatique, quelques cas dans lesquels fut appliquée cette idée que les Etats ne sauraient être responsables, dans leurs relations mutuelles, des conséquences dommageables de fautes personnelles commises par leurs agents dans une intention malveillante; ce qui montre qu'il n'est pas toujours possible de faire appel à l'idée de garantie de l'Etat.

Sur ce point, l'opinion émise en 1885 par le secrétaire d'Etat américain Bayard, à l'occasion de l'affaire Tunstall entre l'Angleterre et les Etats-Unis, compte parmi les plus importantes et les plus nettes qui se puissent rencontrer. Tunstall, sujet britannique résidant dans le Nouveau-Mexique, tenta de s'échapper de ce territoire en vue d'empêcher l'exécution d'un mandat d'arrêt délivré contre lui et chercha, en outre, à soustraire ses troupeaux à un ordre de saisie donné par les autorités américaines. Poursuivi par un shériff, il fut pris et tué de sang-froid après de violentes discussions. En réponse à une intervention diplomatique du gouvernement anglais, le secrétaire d'Etat Bayard dénia toute responsabilité des Etats-Unis, pour cette raison que l'on se trouvait en présence d'un acte personnel de l'agent, ayant « à son origine des motifs de haine personnelle » (8).

(8) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 742.

Diverses instances arbitrales devaient affirmer le même principe. Ainsi, la Commission mixte franco-américaine, instituée par une convention du 15 janvier 1880, rejeta la responsabilité des Etats-Unis dans l'affaire Castelain, en avançant la raison que l'on se trouvait en présence d' « une attaque cruelle et méchante de quelques soldats, inspirée par des motifs de vengeance personnelle » (9). De la même manière avait été rejetée, le 8 janvier 1876, la réclamation d'un droguiste américain, installé à Cuba, qui avait vu son magasin fermé et ses stocks de marchandises saisis à la suite d'une prétendue « machination » d'un concurrent, qui se trouvait être en même temps fonctionnaire espagnol. Les arbitres avaient estimé qu'en l'espèce les motifs de l'acte du fonctionnaire rendaient impossible l'admission de la responsabilité internationale de son gouvernement (10). De même encore, en 1889, dans l'affaire Morrill, le Vénézuéla fut déclaré exempt de toute responsabilité pour un préjudice causé à un ressortissant des Etats-Unis à la suite de fautes personnelles de fonctionnaires vénézuéliens, qui avaient agi par pure malice, pour des griefs personnels (11).

La Commission mixte Etats-Unis - Turquie, établie par un accord du 14 décembre 1923, fut également amenée à examiner un certain nombre de réclamations résultant de dommages infligés à des ressortissants américains, durant la première guerre mondiale, par les troupes turques, lors de la réoccupation de territoires qui avaient été abandonnés à la Grèce trois ans auparavant. Cette Commission posa notamment le principe qu' « un gouvernement n'est pas responsable pour les actes malicieux de soldats agissant en leur qualité personnelle » (12).

Il s'agit là cependant de cas tout à fait isolés. De plus, ils sont trop particuliers pour qu'on puisse en dégager un principe général, comme prétendait le faire la Commission turco-américaine. En effet, toutes ces affaires que nous venons de citer ont surgi entre les Etats-Unis, soit comme demandeur, soit comme défendeur, et un autre Etat.

Or, jusqu'à une époque récente, les Etats-Unis se sont inspirés d'une conception nettement restrictive de la responsabilité internationale. Par conséquent, le principe selon lequel les Etats ne seraient pas responsables des actes dommageables commis par leurs agents dans une intention mauvaise, appliqué dans quelques affaires où les Etats-Unis étaient parties, ne saurait être considéré comme absolu. Bien plus, on peut dire, au contraire, que, loin d'empêcher l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat, l'intention mauvaise de l'agent consti-

(9) Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 2999.
(10) *Ibid.*, p. 3066.
(11) Ralston, *International arbitral law*, p. 224.
(12) Nielsen, *Opinions and Report*, pp. 22-23.

tue parfois une circonstance aggravante de responsabilité : bien souvent, elle facilite la mise en œuvre de cette responsabilité.

II. — L'admission de la responsabilité.

Certes, la faute d'un agent est on ne peut plus personnelle lorsqu'elle est commise sciemment et volontairement, c'est-à-dire quand l'auteur de la faute a agi sous l'empire de ses passions. Cependant, même en ce cas, le droit international peut rendre l'Etat responsable des conséquences dommageables qui en résultent. Les Etats peuvent être jugés responsables pour les fautes personnelles commises par leurs agents volontairement et de façon malveillante.

Ceci a été affirmé à maintes reprises par la jurisprudence internationale, notamment au cours des arbitrages vénézuéliens. Ainsi, dans l'affaire Davy, entre la Grande-Bretagne et le Vénézuéla, le surarbitre Plumley déclara que le gouvernement de ce dernier pays était responsable des actes illégaux commis par certains de ses agents, qui avaient apparemment agi sans véritable cause, mais par méchanceté (13). De même, dans l'affaire Poggioli, un traitement dommageable, auquel avaient été soumis des ressortissants italiens par des fonctionnaires vénézuéliens, entraîna la responsabilité internationale du Vénézuéla, ledit traitement ayant été infligé pour des motifs d' « animosité personnelle » (14). La circonstance qu'il s'agissait d'actes dommageables dictés par des motifs personnels n'avait nullement empêché l'admission de la responsabilité du gouvernement vénézuélien.

Chose assez paradoxale, il y eut également lieu à responsabilité internationale dans certaines affaires où étaient engagés les Etats-Unis, nonobstant le fait qu'il y avait eu intention mauvaise de la part de l'agent auteur du dommage. Il devait notamment en aller ainsi dans certains litiges opposant le Mexique aux Etats-Unis. Ainsi, le 23 février 1842, le gouvernement mexicain fut déclaré internationalement responsable pour les actes dommageables commis par l'un de ses fonctionnaires à l'encontre d'un ressortissant des Etats-Unis, dans un but d'oppression et de persécution (15), ainsi que pour la saisie illégale d'un brick américain et l'arrestation de son capitaine par des agents mexicains, qui n'avaient eu d'autre but que de lui extorquer de l'argent (16).

Ces précédents ne devaient pas rester sans lendemain, puisque la Commission mixte instituée en 1923 entre ces deux pays condamna éga-

(13) Ralston, *Venezuelian arbitrations*, pp. 410-413.
(14) *Ibid.*, pp. 847-871 ; R.S.A., vol. X, p. 670.
(15) Affaire Baldwin, Moore, *Arbitrations*, vol. IV, p. 3235.
(16) Affaire « The Industry », Moore, *Arbitrations*, vol. III, p. 3045.

lement les Etats-Unis à verser une indemnité, à titre de réparation, pour l'action d'un *deputy sheriff* qui avait traité avec cruauté et par pure méchanceté un ressortissant américain qu'il détenait prisonnier (17). Elle se prononça encore en faveur de la responsabilité du Mexique pour un acte de vengeance personnelle commis par un fonctionnaire mexicain à l'encontre d'un citoyen américain (18).

On peut encore citer, dans le même sens, deux sentences arbitrales intervenues entre les Etats-Unis et Panama. Dans l'affaire Adams, tranchée le 21 juin 1933, le gouvernement panaméen fut jugé responsable de l'abus de pouvoir commis par l'un de ses agents de police, qui avait agi sous l'empire de la colère. La Commission considéra que les mobiles personnels qui avaient déterminé la conduite de l'agent et l'avaient poussé à commettre une faute personnelle génératrice de dommages pour le réclamant, ne constituaient pas un obstacle à l'admission de la responsabilité (19). Quelques jours plus tard, le 27 juin 1933, dans l'affaire Guillermo Colunje, elle déclarait les Etats-Unis responsables des conséquences dommageables d'une faute personnelle commise par un policier de la zone du Canal de Panama, nonobstant le fait que cet agent avait agi sous de « faux prétextes » pour inciter un journaliste panaméen à le suivre dans la zone du Canal, « dans l'intention de l'arrêter » une fois arrivé dans cette zone. Par conséquent, la responsabilité internationale du gouvernement américain fut retenue, bien que l'on se trouvât en présence de manœuvres dolosives de l'agent de police considéré (20).

Plus récemment, la Commission de conciliation franco-italienne a estimé que la faute ou le dol d'un administrateur-séquestre nommé par le gouvernement italien entraînait la responsabilité internationale de l'Italie, si cette faute causait des dommages à des étrangers. Dans le différend relatif aux Filatures de Schappe notamment, la Commission s'est ainsi livrée à l'examen des intentions d'un administrateur-séquestre et en a conclu qu'il y avait eu manœuvres dolosives de sa part, contrairement à ce que déclarait le représentant italien, qui estimait qu'en l'espèce le comportement de l'administrateur-séquestre ne pouvait pas être entaché de dol (21). De même, dans le différend Ousset, a été retenue « la manière dolosive et fautive avec laquelle l'administrateur-séquestre, puis le syndic, le sieur de Bernardis, exerça ses fonctions à l'égard de la maison Ousset, lui occasionnant ainsi un dommage »,

(17) Affaire Quintanilla, A.J.I.L., 1927, p. 568.
(18) Affaire Francisco Mallen, A.J.I.L., 1927, p. 803.
(19) Hunt, *Report*, pp. 275-309.
(20) *Ibid.*, pp. 746-749.
(21) Rec. des décisions, fasc. 5, pp. 93-111.

pour lequel le gouvernement italien a été condamné à verser une indemnité (22).

Les décisions les plus récentes semblent donc montrer que la responsabilité de l'Etat sera engagée, dans l'ordre international, quand bien même l'agent aurait agi par malveillance. En outre, les cas dans lesquels une telle responsabilité a été admise paraissent bien plus nombreux que ceux dans lesquels elle a été repoussée. Ce dernier argument, d'ordre quantitatif, est sans doute fondamental en la matière.

On ne saurait toutefois se borner à mentionner que l'intention mauvaise de l'agent n'empêche pas la mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat. On peut aussi se demander si cette malveillance de l'agent ne constitue pas, dans une certaine mesure, une circonstance aggravante de responsabilité.

III. — L'intention mauvaise, circonstance aggravante de responsabilité.

Deux sentences méritent ici une attention particulière, car elles tendent à montrer que l'existence d'une intention mauvaise de la part de l'agent étatique a pour effet de rendre plus facile l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat dont relève cet agent.

La Commission mixte américano-mexicaine de 1923, en effet, affirma, dans sa sentence du 15 octobre 1926 relative à l'affaire Neer, que « le traitement d'un étranger, pour constituer un délit international, doit consister en un outrage, de la mauvaise foi, une négligence volontaire de fonction... » Et, constatant que les agents mexicains avaient, en l'espèce, indubitablement fait preuve de malveillance, elle admit la réclamation américaine (23).

De la même manière, il résulte *a contrario* de l'arbitrage rendu le 6 juillet 1933 par James J. Lenihan, dans l'affaire de la mort de James Pugh, entre la Grande-Bretagne et Panama, que l'acte dommageable doit avoir été commis de façon malveillante, avec l'intention de nuire, pour que puisse être engagée la responsabilité internationale de l'Etat. En effet, dans cette espèce, l'arbitre, en écartant la responsabilité de Panama, concluait que « les actions desdits agents de police dans l'utilisation de leurs matraques contre la personne de Pugh n'étaient ni malveillantes, ni volontaires » (24).

A s'en tenir à ces deux sentences, il semblerait que l'intention mauvaise de l'agent doive être considérée comme une condition d'admission de la responsabilité internationale de l'Etat; ce serait une condition

(22) *Ibid.*, p. 45.
(23) A.D., 1925-1926, p. 213 ; A.J.I.L., 1927, p. 555.
(24) R.S.A., vol. III, p. 1446.

nécessaire de responsabilité. Cependant, tel n'est pas, à notre avis, le sens qu'il convient de donner à ces deux arbitrages. Les affaires dans lesquelles ils sont intervenus avaient, en effet, pour origine, la conduite fautive (ou prétendue telle) d'agents de police. Or, nous avons noté précédemment (25) que l'on exige une faute d'une certaine gravité pour les activités de police, qui présentent des difficultés particulières et que l'admission de la responsabilité de l'Etat pour les dommages occasionnés par ses forces de police est entourée de conditions relativement sévères.

Par conséquent, on peut seulement interpréter les affaires Neer et Pugh comme instituant une responsabilité aggravée de l'Etat dès lors qu'il y a eu une mauvaise intention de la part de ses agents de police. Plus exactement, on dira que la responsabilité internationale de l'Etat est plus souvent reconnue en pareil cas. Ainsi, non seulement la malveillance d'un agent public ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat, comme pourraient le laisser supposer certaines décisions arbitrales, mais elle peut même être considérée, dans certains cas, comme une circonstance aggravante de responsabilité.

On peut alors se poser la question de savoir si la bonne foi de l'agent ne représente pas, au contraire, une circonstance atténuante de responsabilité.

§ 2. — La bonne foi de l'agent (26).

Un agent étatique peut commettre une faute personnelle sans aucune intention mauvaise. L'agent a cru accomplir un acte étatique, mais celui-ci se trouve dénaturé par la façon dont il a été accompli. La faute de l'agent est alors constituée par une erreur grossière et injustifiable. La gravité de la faute est telle que celle-ci devient personnelle à son auteur. Nous avons relevé, à ce propos, que le degré de gravité d'une faute était assez malaisé à apprécier et qu'il n'y avait pas de critère vraiment net pour définir les fautes personnelles de cette nature. Le fait est cependant qu'au plan intentionnel, l'agent commet la faute de bonne foi.

C'était cette bonne foi qu'invoquait le gouvernement allemand dans la note qu'il adressait le 2 janvier 1906 au gouvernement brésilien à l'occasion des incidents provoqués par les membres de l'équipage de la « Panther ». La note précisait, en effet : « Il est incontestable qu'il

(25) Cf. *supra*, chapitre 1er, section 1.

(26) Voir L. Cavare, *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Cours I.H.E.I., Paris, 1963-1964.

était loin des intentions de tous ceux qui ont été mêlés à cette affaire de porter atteinte à la souveraineté territoriale du Brésil. » (27). L'action des marins allemands n'avait pas eu pour but de violer la souveraineté brésilienne, même si elle avait eu ce résultat.

La bonne foi d'un agent étatique consiste donc essentiellement en l'absence de toute intention mauvaise de sa part. Cette absence de malveillance joue-t-elle un rôle dans la détermination de la responsabilité internationale de l'Etat ? On y a parfois répondu par l'affirmative. Ainsi, le jurisconsulte norvégien F.V.N. Beichmann, rendant sa sentence dans l'affaire Chevreau, le 9 juin 1931, estimait qu'une réclamation internationale n'était pas justifiée et n'avait pas à être retenue si des mesures d'arrestation ou de détention réputées arbitraires avaient été prises de bonne foi (28). Il est vrai qu'il n'y avait pas, en l'espèce, à proprement parler de faute personnelle des agents britanniques. Ceux-ci avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions, sans qu'il fût possible de relever un excès de pouvoir ou un détournement de pouvoir de leur part. Si important qu'il soit, on ne saurait donc tirer argument de cet arbitrage pour prétendre qu'une faute personnelle commise sans intention mauvaise par un agent étatique peut, en raison même de cet élément de « *bona fide* », n'être pas imputée à l'Etat dont relève l'agent fautif.

Bien au contraire, il semble clairement établi que la bonne foi de l'agent n'exerce aucune influence quant à l'admission de la responsabilité de l'Etat en pareil cas.

Déjà, dans une sentence rendue le 11 juillet 1870, dans l'affaire du « Canada », l'arbitre Thornton avait condamné le Brésil à raison de fautes personnelles commises par certains de ses fonctionnaires, qui avaient illégalement pris possession d'un navire américain échoué en dehors des eaux territoriales brésiliennes. L'arbitre déclara notamment qu'il était tout à fait possible, et même probable, que les agents brésiliens avaient agi de bonne foi, mais que cette circonstance ne pouvait pas influer sur la détermination de la responsabilité internationale de leur gouvernement. « Il se peut que l'officier ait pensé ... qu'il était de son devoir... », mentionnait la sentence (29).

Depuis lors, la jurisprudence internationale n'a guère varié sur ce point, semble-t-il. Il ne suffit cependant pas de constater le fait; encore convient-il d'en donner une explication qui soit fondée.

Devant la Commission arbitrale anglo-américaine, instituée par l'accord spécial du 18 août 1910, fut rappelée, à maintes reprises, la règle établissant une présomption de régularité en faveur des actes

(27) Cf. R.G.D.I.P., 1906, p. 200 et s.
(28) R.S.A., vol. II, p. 1123.
(29) R.A.I., tome II, p. 632.

des fonctionnaires étatiques. Cette présomption n'est pas autre chose que l'application de l'adage : « *Omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta donec probetur in contrarium* ». Ce principe avait déjà été appliqué par le surarbitre Duffield, président de la Commission mixte germano-vénézuélienne, en 1903, lors de l'affaire Brewer Moller and C°, notamment lorsqu'il avait invoqué « la présomption uniforme de régularité et de validité de tous les actes d'agents publics » (30).

Mais doit-on déduire de l'adage « *Omnia rite acta praesumuntur* » que l'agent est également présumé avoir agi de bonne foi ? Le surarbitre Plumley répondit par l'affirmative à l'occasion de l'affaire Frierdich and C°, devant la Commission mixte de réclamation franco-vénézuélienne. « De la même façon, déclarait-il, il y a une présomption de bonne foi en faveur des agents publics. » (31).

Il ressort également de l'affaire F.W.Dick qu'une erreur d'appréciation est réputée commise de bonne foi par un agent étatique, lorsqu'il s'avère impossible de découvrir quelque intention que ce soit à l'acte dommageable. En 1906, un policier de l'Etat de l'Oregon fit feu sur un sujet bavarois et le tua. Il déclara ensuite n'avoir eu aucune intention de l'atteindre, mais avoir simplement voulu l'arrêter. Dans une note datée du 23 novembre 1907, l'ambassadeur allemand à Washington constatait que la responsabilité des Etats-Unis n'était nullement dégagée « par le fait que l'agent était supposé avoir agi à la suite d'une méprise et que le préjudice en résultant était involontaire » (32). Un règlement diplomatique de l'affaire intervint en 1908. Les Etats-Unis consentirent à verser aux ayants-droit de la victime une somme d'argent, à titre de compensation.

Des actes illégaux de fonctionnaires consistant en des erreurs de jugement faites de bonne foi entraînent donc la responsabilité internationale de l'Etat. Plusieurs sentences arbitrales sont venues confirmer et appliquer le principe. Ainsi, dans l'affaire de l'Union Bridge Co, entre les Etats-Unis et l'Angleterre, concernant la confiscation illégale de matériel neutre par un agent des chemins de fer du Cap, le tribunal arbitral décida, le 8 janvier 1924, que « la responsabilité n'est pas affectée par le fait qu'il (l'agent) a agi à la suite d'une erreur sur le caractère et la propriété du matériel, ... ou par le fait qu'il n'était pas dans l'intention des autorités britanniques de s'approprier le matériel en question » (33). La bonne foi du fonctionnaire ne modifiait

(30) RALSTON, *Venezuelian arbitrations*, p. 584.
(31) RALSTON, *Venezuelian arbitrations*, p. 42.
(32) HACKWORTH, *Digest*, vol. V, pp. 571-572.
(33) R.S.A., vol. VI, p. 138.

en rien le caractère illégal de son action et, partant, n'atténuait pas la responsabilité du gouvernement anglais.

C'est encore devant cette même Commission anglo-américaine que furent examinées un certain nombre d'affaires, dans lesquelles les parties excipèrent de la bonne foi de leurs agents pour tenter de faire repousser leur responsabilité internationale pour les fautes personnelles de ces agents. Il s'agissait surtout de différends portant sur des saisies de navires de pêche par les autorités maritimes des Etats-Unis. Les arbitres appliquèrent à ces différentes espèces le principe selon lequel la bonne foi de l'agent étatique ne porte pas atteinte à l'admission de la responsabilité. Ainsi, dans l'affaire du « Coquitlam », le tribunal estima que « la bonne foi et la conduite courtoise des fonctionnaires étaient hors de question ». Les Etats-Unis furent néanmoins déclarés responsables des erreurs de jugement commises par leurs agents, qui avaient été à l'origine des dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger (34). De même, dans le litige résultant de la saisie illégale du « Wanderer », le tribunal considéra que la bonne foi des officiers de la marine américaine n'entrait pas en ligne de compte et n'influait aucunement sur l'admission de la responsabilité (35). Il devait encore en aller ainsi dans les affaires « Favourite » (36) et « Jessie » (37).

Les arbitrages envisagés sembleraient suggérer que, non seulement un élément de malice n'est pas essentiel pour que puisse être établie la responsabilité internationale de l'Etat, mais même qu'une absence de faute proprement dite n'empêcherait pas une réclamation internationale d'aboutir. Une erreur de jugement peut toutefois être considérée comme une faute, à partir du moment où elle atteint un certain degré de gravité — toujours difficile à apprécier, comme nous l'avons noté. L'erreur ici commise par les agents des forces navales américaines pouvait être qualifiée de grossière, si l'on tient compte du fait qu'elle avait eu pour résultat une atteinte à une souveraineté étrangère et une entrave au libre exercice de la navigation en haute mer. La gravité de la faute pouvait donc être appréciée à travers ses conséquences. Sous ce rapport, il n'est pas douteux que les erreurs de jugement des fonctionnaires américains constituaient des fautes particulièrement grossières, c'est-à-dire des fautes personnelles.

En effet, l'élément intentionnel n'est pas toujours nécessaire pour apprécier le caractère fautif d'une action ou d'une inaction. La faute

(34) *Ibid.*, p. 45.
(35) *Ibid.*, p. 68.
(36) *Ibid.*, p. 82.
(37) *Ibid.*, p. 57. Voir également les arbitrages rendus dans les affaires « Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethern in Christ », « The Argonaut » et « Jesse Lewis » ; R.S.A., vol. VI, pp. 40, 60 et 86.

peut être, en quelque sorte, objectivement appréciée en tenant compte du comportement extérieur de l'agent. Ceci apparut assez clairement dans la sentence rendue le 3 décembre 1926 par la Commission mexico-américaine, lors de l'affaire Garcia and Garza, que nous avons déjà eu l'occasion de citer. Après avoir relevé que le meurtre d'un enfant mexicain par un fonctionnaire des Etats-Unis avait été commis « apparemment sans intention », la Commission conclut cependant au caractère fautif de l'acte dudit fonctionnaire (38). Un autre exemple peut encore être emprunté à l'affaire Swinney, dans laquelle le Mexique fut déclaré responsable, par une sentence du 16 novembre 1926, pour le meurtre d'un citoyen américain commis par des fonctionnaires mexicains, malgré la circonstance que « les agents avaient agi dans ce qu'ils croyaient être l'exercice de leur fonction officielle » (39). L'année suivante, dans l'affaire Stephens, la Commission admit de nouveau la responsabilité internationale du gouvernement du Mexique pour le meurtre d'un américain commis par un soldat mexicain, qui n'avait certes pas eu l'intention de tuer, mais avait seulement voulu donner un avertissement. Nonobstant cette circonstance, l'acte du soldat mexicain avait été déclaré fautif (40).

La bonne foi ne saurait donc atténuer le caractère fautif d'un acte dommageable, ni la portée d'une réclamation internationale, au moins lorsqu'il s'agit d'une faute grave. Il semblerait ainsi que la bonne foi ne joue pratiquement aucun rôle dans la détermination de la responsabilité. En principe, elle n'empêche pas la responsabilité internationale de l'Etat d'être mise en jeu. Celle-ci n'est retenue qu'en fonction de la gravité de la faute de l'agent.

Il resterait cependant à savoir si, pour des fautes plus légères, la bonne foi ne pourrait pas exonérer de la responsabilité, ou simplement en rendre l'admission plus difficile. En l'absence de précédent jurisprudentiel en ce sens, il est impossible de se prononcer. On ne peut donc pas dire que la bonne foi constitue, par opposition à l'intention mauvaise de l'agent, une circonstance atténuante de responsabilité (41).

*
**

En définitive, seul serait à retenir, comme influant sur l'admission de la responsabilité internationale de l'Etat, l'élément de malignité que l'on peut rencontrer chez l'agent. Toutefois, il convient d'apporter ici une réserve et de nuancer quelque peu le principe affirmé par

(38) B.Y.B., 1927, p. 185.
(39) R.S.A., vol. IV, p. 98 ; A.J.I.L., 1927, p. 562.
(40) B.Y.B., 1928, p. 159.
(41) Voir cependant L. Cavare : « On peut affirmer que la bonne foi n'atténuera la responsabilité de l'Etat que si la faute est légère », *op. cit.*, p. 54.

différentes sentences arbitrales. En effet, une orientation nouvelle semble se faire jour dans la jurisprudence internationale la plus récente. C'est, du moins, ce que l'on peut penser à la suite de la décision rendue le 31 octobre 1951 par la Commission franco-italienne de conciliation, dans le différend Mossé. Retenant la responsabilité internationale du Gouvernement italien pour des dommages causés en raison d'une erreur de jugement de ses agents, la Commission estima qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si l'erreur ainsi commise par des fonctionnaires avait été faite volontairement ou involontairement. Elle déclara qu'il n'y avait pas lieu de s'arrêter au point de savoir si les agents publics italiens avaient agi par malveillance ou de bonne foi, ces circonstances n'influant pas sur l'admission de la responsabilité internationale (42).

Cependant, en l'absence d'autres décisions jurisprudentielles dans le même sens, il est difficile de regarder le point de vue de la Commission franco-italienne comme représentant le dernier état du droit positif en ce domaine. Aussi doit-on accueillir cette prise de position avec une extrême prudence.

Quoi qu'il en soit, à supposer même que le juge ou l'arbitre international en arrive à ne plus tenir compte des intentions de l'agent coupable, il lui sera néanmoins nécessaire d'apprécier l'attitude de ce dernier; car il peut alors se fonder sur des éléments plus sûrs, parce que plus tangibles.

Section II

L'ATTITUDE DE L'AGENT

Le terme « attitude » désigne un comportement. De façon générale, il s'agit de la manifestation extérieure d'un sentiment. Quand on dit d'un agent étatique qu'il a eu une attitude fautive, cela signifie que l'agent en cause ne s'est pas conduit comme il aurait dû le faire, ou qu'il n'a pas accompli ce qu'il aurait dû faire. On en arrive ainsi à détacher la faute de son auteur. On examine alors l'acte fautif en lui-même. On se demande ce qu'aurait fait ou ce que n'aurait pas fait un agent de type abstrait et parfait. L'attitude de l'agent est donc appréciée « *in abstracto* », dans cette optique. C'est en ce sens que le Doyen Geny déclarait : « La faute n'est pas autre chose qu'une erreur de conduite, une défaillance d'attitude qui, normalement, s'apprécie d'après le type abstrait de l'homme droit et sûr de ses actes » (43).

(42) Recueil des décisions, fasc. 3, p. 146.
(43) Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 838.

Une telle appréciation est-elle possible en droit international ? Le droit des gens peut-il arriver à élaborer un concept abstrait d'agent droit et sûr de ses actes ? L'hétérogénéité du milieu international et la diversité de ses composantes semblent rendre la chose impossible.

C'est pourquoi le juge international se livre toujours à une appréciation « *in concreto* » de l'attitude des agents étatiques. Il ne se demande pas ce qu'aurait fait un agent-type idéal et parfait. Il procède par comparaison; il se réfère au comportement moyen qu'on est en droit d'attendre d'un agent étatique. Ainsi, a été progressivement dégagée une règle du comportement moyen.

Cependant, la référence qui est ainsi faite à un comportement moyen ne peut pas toujours servir de guide à l'appréciation de l'attitude de l'agent en cause dans une espèce considérée. Il est, en effet, difficile de généraliser cette règle du comportement moyen.

§ 1. — La règle du comportement moyen.

La violation d'une règle de droit international constitue un acte illicite international susceptible d'engendrer une responsabilité internationale. Il n'est toutefois pas certain que toute violation d'une règle de droit puisse automatiquement entraîner la mise en jeu de la responsabilité.

A partir du moment où l'on n'exige d'un agent étatique qu'un simple comportement moyen, c'est-à-dire un comportement qui ne soit pas obligatoirement en tous points parfait, on est conduit à considérer que des violations simplement légères d'une règle de droit ne sont pas de nature à entraîner la responsabilité de l'Etat; d'autant plus que la règle juridique violée peut être souvent complexe ou très imprécise, son application se révélant alors extrêmement délicate et exigeant des qualités que peuvent ne pas posséder, en moyenne, les agents publics. C'est d'ailleurs la solution retenue par certains droits nationaux. Ainsi, dans le droit administratif français, la détermination d'un certain niveau de respect de la légalité caractérisant l'attitude d'un fonctionnaire moyen joue un rôle important en matière de responsabilité publique. Quand on prend en considération la conduite d'un agent public moyen comme base de référence pour établir s'il y a ou non responsabilité, on en arrive à admettre que, dans certaines hypothèses, une attitude s'écartant seulement un peu des règles juridiques ne justifie pas la mise en œuvre de la responsabilité. Certaines irrégularités commises par des agents publics ne sont pas toujours obligatoirement sanctionnées. Il convient de relever, par exemple, qu'un acte administratif entaché d'un vice de forme ne sera frappé de nullité que si la formalité violée est une « forme substantielle ». On voit claire-

ment ici que les notions d'illégalité et de responsabilité ne coïncident pas nécessairement. Des erreurs peuvent être jugées « excusables » et ne pas engendrer de responsabilité, lorsqu'elles n'atteignent pas un certain degré de gravité.

Mais la question se pose de savoir jusqu'à quel point un fonctionnaire moyen peut s'écarter de l'application d'une règle de droit sans engager sa responsabilité personnelle ou celle de son Etat. Il y a là un problème de limite extrêmement délicat à trancher.

Dès lors, peut-on proposer des formules analogues en matière de responsabilité internationale ? Il semble difficile de l'admettre, en l'absence d'une jurisprudence suffisamment abondante et parfaitement claire sur ce point.

Pourtant, l'on trouve dans la jurisprudence internationale quelques traces de cette conception. L'erreur de droit est parfois reçue comme une cause d'exonération de responsabilité, tout au moins dans une certaine mesure. La décision rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire des Déserteurs de Casablanca peut ainsi être considérée comme un exemple d'extension des solutions admises en droit interne. Les arbitres déclaraient, en effet, que « l'erreur de droit commise ... par les fonctionnaires du Consulat ne saurait leur être imputée comme une faute, soit intentionnelle, soit non intentionnelle » (44). Ce précédent ne saurait toutefois s'imposer de manière incontestable et absolue, essentiellement en raison des considérations d'opportunité politique qui entouraient toute cette espèce.

Plus pertinente, au contraire, apparaît la remarque que faisait Max Huber dans son rapport sur les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc. Il notait, en effet, qu' « aucune police, ni aucune administration de la justice n'est parfaite et il faut sans doute accepter, même dans les pays les mieux administrés, une marge considérable ou la tolérance s'impose » (45). Cependant, cette marge de tolérance, qu'invoquait Max Huber, n'était-ce pas par rapport aux règles juridiques internes ? Et ne serait-il pas assez difficile de venir prétendre que la responsabilité internationale de l'Etat ne sera pas engagée pour des violations excusables ou mineures du droit international ? Et d'abord, peut-on parler de « violation excusable » des règles internationales ?

Si le droit international a été transgressé, il y a acte illicite susceptible d'engendrer la responsabilité internationale. Ainsi, pour M. P. Reuter, « en principe, les règles de droit international sont faites pour être respectées intégralement; la théorie de l'erreur excusable

(44) Scott, *Travaux de la C.P.A.*, p. 114.
(45) R.S.A., vol. II, p. 642.

ne semble pas avoir sa place dans un système de droit où les règles sont peu nombreuses, mais sont relatives à des intérêts très importants » (46). A cela, il faut ajouter une autre considération qui semble déterminante. Les règles qui définissent et organisent le traitement accordé aux étrangers ne sont, généralement, que la traduction et la formulation du traitement normal qui est reconnu aux ressortissants étrangers dans les pays civilisés (47). Lorsqu'un étranger subit un dommage du fait de l'action d'un agent public de l'Etat où il se trouve, le juge international est amené à apprécier la conduite de cet agent. Il tient compte d'un comportement moyen par rapport à certaines règles. Mais il s'agit du comportement moyen par rapport à des règles de droit interne. Le juge ou l'arbitre ne retient nullement un comportement moyen par rapport à des règles internationales. Certes, ces dernières définissent bien une certaine conduite que les étrangers peuvent être en droit d'attendre de la part des agents étatiques. Cependant, cette conduite moyenne ne saurait être définie par rapport à une obligation internationale; car le droit international n'exige pas de l'agent étatique un comportement plus parfait que celui qui est requis par le droit interne. La seule obligation qui soit internationalement à la charge de l'Etat est que ses agents se conforment, dans leurs rapports avec les étrangers, aux prescriptions du droit étatique. On peut donc dire que la notion de comportement moyen se trouve plutôt incorporée dans le contenu même de cette obligation.

La question fut débattue en 1899, entre les Etats-Unis et la Colombie, dans l'affaire « Star and Herald » (48). Le Gouverneur de Panama, alors province colombienne, avait arbitrairement frappé de suspension un journal appartenant à une société américaine. Après intervention diplomatique du gouvernement des Etats-Unis, le Gouverneur de Panama fut contraint de démissionner. La Colombie refusa, par la suite, de dédommager le gouvernement américain. Elle prétendait, en effet, avoir suffisamment fait pour se dégager de toute responsabilité internationale. Le secrétaire d'Etat américain estimait, au contraire, que le gouvernement colombien était responsable envers les Etats-Unis de l'acte de son Gouverneur à Panama, bien que celui-ci eût été désavoué. Le litige portait, en fait, sur le point de savoir si la conduite du fonctionnaire considéré était, en l'espèce, contraire à celle que le droit international était en droit d'exiger de lui. Il s'agissait de déterminer si le comportement du Gouverneur était ou non contraire au comportement qu'un Etat est en droit d'exiger des fonction-

(46) P. Reuter, *Droit international public*, 1958, p. 143.

(47) Sur les éléments essentiels du statut juridique des étrangers, cf. L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome I, pp. 275-286.

(48) Moore, *Digest*, vol. VI, pp. 775-782.

naires du pays où il a des ressortissants. En cela, il y avait référence à une obligation internationale. Cependant, le contenu de cette obligation ne dépend-il pas très largement des règles juridiques internes ?

Quoi qu'il en soit, on doit s'en tenir à affirmer qu'à partir du moment où il y a violation d'une obligation internationale, la responsabilité de l'Etat peut être mise en cause.

Dès lors, on ne peut pas, semble-t-il, prétendre de façon générale que seules les violations les plus graves de la règle juridique internationale seront sanctionnées par une responsabilité internationale. Tel n'est pas, à notre avis, le sens de la règle du comportement moyen. Aussi faut-il saisir la formule de Max Huber dans un sens assez restreint. Lorsqu'il invoquait la nécessité de reconnaître une marge considérable de tolérance, l'éminent juriste helvétique entendait vraisemblablement : tolérance par rapport aux règles de droit interne.

Est-ce à dire que le juge ou l'arbitre international n'ait pas la possibilité d'apprécier l'attitude de l'agent en vertu d'une certaine norme internationale ? Ce serait aller trop loin. En effet, la jurisprudence internationale se reconnaît, à juste titre, le droit de déterminer si la conduite de l'agent étatique tombe en-dessous de ce qu'on a appelé le « standard minimum international » dans le traitement des étrangers (49). La Cour permanente de justice internationale a semblé admettre l'existence de ce standard minimum au profit des étrangers établis sur le territoire d'un autre Etat, dans son arrêt du 25 mai 1926 relatif à certains droits et intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise. Elle a, en effet, affirmé : « On a voulu exprimer l'idée que ... le traitement des biens, droits et intérêts allemands en Haute Silésie polonaise sera le traitement admis par le droit international commun. » (50). De même, en 1933, dans l'affaire James Pugh, l'arbitre se livra à l'examen détaillé du comportement des agents de police mis en cause et en arriva à la conclusion que ceux-ci avaient fait un « usage raisonnable de leur compétence et de leurs pouvoirs » (51). L'arbitre avait estimé que leur comportement ne s'éloignait pas du comportement moyen qu'un étranger était en droit d'attendre de la part des policiers panaméens; il était conforme à une certaine norme internationalement reconnue.

Le droit international de la responsabilité est, en effet, parvenu à établir quelques formules précises pour la détermination du « caractère raisonnable » de la conduite de fonctionnaires étatiques. Mais les « standards » qui expriment ici la règle internationale ne sont rien

(49) Cf. BORCHARD, *The minimum standard of the treatment of aliens, Proceedings of American Society of international law*, 1939, pp. 51-74.
(50) C.P.J.I., série A, n° 7, p. 21.
(51) R.S.A., vol. II, p. 1446.

d'autre que le comportement moyen, tel qu'il peut être défini par rapport au niveau habituellement rencontré chez ce qu'on appelle les « nations civilisées ». Autrement dit, le fameux « standard minimum international » repose sur la norme étatique elle-même. « Il en résulte, écrit M. Th. Meron, qu'une violation de la norme nationale dans le traitement d'un individu étranger peut, dans certains cas, entraîner une violation du droit de la responsabilité des Etats. » (52).

Dès lors, ce droit international commun ou ce standard minimum est extrêmement malaisé à préciser. Comme le notait fort justement le Professeur Cavaré, « la difficulté consiste à savoir quel est exactement le contenu de ce droit international commun souvent incertain » (53). Ainsi, à titre d'exemple, il n'existe pas de règle internationale déterminant avec précision quelle est la période raisonnable durant laquelle un étranger peut être détenu au cours d'une instruction judiciaire. C'est pourquoi on a parfois considéré qu'une violation de la règle de droit interne fixant la durée normale de détention engendre une responsabilité internationale à la charge de l'Etat, le caractère déraisonnable de la période de détention étant alors apprécié par rapport à la règle juridique interne. Ce fut notamment le cas dans l'affaire Roberts, opposant les Etats-Unis et le Mexique (54). Un ressortissant américain avait été arrêté et détenu durant dix-neuf mois par les autorités mexicaines, alors que la Constitution fixait à un an la durée maximum de toute détention préventive. Cherchant à apprécier le caractère raisonnable (ou déraisonnable) de cette détention, la Commission devait constater : « Il n'existe apparemment aucune règle définie prescrite par le droit international ». Elle fut alors amenée à déterminer la valeur des règles de droit interne concernant la matière. En effet, précisait-elle, « un examen des lois locales fixant la durée maximum du temps pendant lequel une personne accusée d'un crime peut être détenue sans être traduite devant un tribunal peut se révéler utile pour déterminer le point de savoir si la détention a été déraisonnable dans une affaire donnée ». Etant parvenue à la conclusion que la détention avait été, en l'espèce, plus longue que celle prévue par la loi mexicaine, la Commission estima que cette détention « était d'une durée si déraisonnable » qu'elle accorda une indemnité à la charge du Mexique. Elle fit ensuite une nouvelle application de ces principes en 1930, dans l'affaire Chazen (55).

On ne saurait cependant en déduire qu'un tribunal international doit nécessairement aboutir à de telles conclusions et se prononcer

(52) B.Y.B., 1957, p. 98.
(53) L. Cavare, *Le droit international public positif*, tome I, p. 274.
(54) R.S.A., vol. IV, p. 77.
(55) R.S.A., vol. IV, p. 564.

obligatoirement en faveur de l'admission de la responsabilité chaque fois que les strictes exigences du droit interne n'ont pas été respectées. Encore moins, cela signifie-t-il qu'un tribunal international soit lié par les règles juridiques internes. La question de savoir si la loi locale a été observée constitue, certes, un critère utile, qui est souvent suivi par les tribunaux arbitraux; elle ne saurait cependant constituer un critère exclusif. En effet, si la règle du comportement moyen est souvent appliquée et rend parfois des services utiles au juge ou à l'arbitre international, il est extrêmement difficile — pour ne pas dire impossible — de la généraliser.

§ 2. — La difficulté d'une généralisation de la règle du comportement moyen.

Tous les agents des Etats formant la société internationale ne sont pas exactement identiques. Au sein d'une même organisation étatique, il existe des différences profondes entre les divers agents. Certains sont doués d'une très grande probité et font preuve d'intelligence et de compréhension dans l'accomplissement de leurs fonctions. D'autres, au contraire, sont intéressés ou dépourvus de savoir-faire et commettent ainsi fréquemment des fautes et des erreurs grossières. Cependant, les uns et les autres sont des agents publics et, en tant que tels, indispensables à l'Etat.

De plus, les nombreux Etats qui constituent la société internationale sont extrêmement différents les uns des autres. Certains ont une structure politico-économique de type totalitaire, alors que d'autres vivent dans le cadre de structures plus ou moins libérales. En outre, à l'intérieur même des groupes d'Etats à structures de base identiques, il en est qui sont en paix, d'autres en état de guerre ou de révolution larvée; l'organisation de leurs services publics et leurs règles de fonctionnement peuvent alors varier considérablement suivant ces éventualités.

D'autre part, à la surface du globe, on compte un certain nombre d'Etats relativement riches, au développement harmonieux et constant, avec un appareil très important de services publics et une armée d'agents publics qualifiés. Ainsi, en 1957, les Etats-Unis comptaient un fonctionnaire pour soixante-dix habitants environ (56). En Grande-Bretagne, le nombre des fonctionnaires s'élevait en 1955, à 1.334.000, sans compter les agents des postes et des chemins de fer, ni le person-

(56) Documentation française, notes et études documentaires, n° 2520, 17 mars 1959.

nel militaire (57). Plusieurs autres Etats, au contraire, se trouvent dans un état de sous-développement technique, économique et social, qui les place au rang des « nations prolétaires ». On peut retenir de ce sous-développement la définition qu'en donne M. Pierre Moussa : « Sont sous-développés, d'après le sens commun, les pays dont le développement économique a atteint le plus faible niveau et assure à leurs habitants le bien-être le plus rudimentaire » (58). En plus de ses aspects économiques et sociaux, le phénomène du sous-développement revêt également un aspect politique et administratif, les pays considérés manquant assez généralement d'une unité politique solide et d'une administration expérimentée. La carte des régions économiquement sous-développées du globe recouvre à peu près celle des pays sous-administrés. La sous-administration se traduit ici par le manque et l'insuffisance de cadres administratifs compétents. Il est d'ailleurs très difficile d'obtenir des renseignements statistiques sur ce point, en raison du phénomène lui-même. Cet aspect administratif du sous-développement tient à des causes diverses et multiples : déclin des encadrements traditionnels, comme les chefferies en Afrique noire; faiblesse des ressources financières des Etats en cause; absence de formation de cadres autochtones au temps de la colonisation pour certains; etc. Cette sous-administration se traduit généralement par un faible pourcentage de fonctionnaires par rapport à la population ou au territoire de l'Etat, en ce sens que les circonscriptions administratives se trouvent souvent en petit nombre eu égard à l'étendue du pays, faisant ainsi surgir des « vides administratifs ». Et l'on pourrait presque établir à ce sujet une classification des divers Etats selon la « densité du fonctionnaire au kilomètre carré », suivant une expression de M. Paul Reuter (59). En outre, l'administration de ces Etats manque très fréquemment de hiérarchisation et connaît une intégration insuffisante, en ce sens qu'on y dénombre parfois des administrations parallèles, soit héritées d'un passé traditionnel, soit créées par les partis politiques. Enfin, on peut y relever une insuffisante diversification des cadres administratifs, qui doivent fréquemment mener de front plusieurs activités et remplir plusieurs tâches. Si l'on y ajoute la nécessité ou se trouvent la plupart des pays sous-développés de se doter d'un pouvoir fort pour faire face aux impératifs de la croissance et du développement économique (60), ce qui entraîne bien souvent la confusion du judi-

(57) Cf. Alfred Sauvy, *La bureaucratie*, P.U.F., 1956, p. 31.

(58) P. Moussa, *Les nations prolétaires*, P.U.F., 1963, 3e éd., p. 4.

(59) Cf. P. Reuter, *La responsabilité internationale*, Cours, Paris, p. 77.

(60) « Un pays en voie de développement ne peut se passer d'un pouvoir fort car il a besoin, à l'intérieur, de la contrainte et de l'enthousiasme, à l'extérieur, de la confiance de l'étranger », écrit M. P. Moussa, *Les nations prolétaires*, p. 161.

ciaire et de l'exécutif et la tendance au totalitarisme, on conçoit que l'idée que l'on se fait dans ces pays de l'administration et de ses agents soit totalement différente de l'idée qu'on en a dans les pays occidentaux.

Dès lors, face à cette diversité, peut-on formuler valablement des règles de comportement moyen applicables à tous les Etats, quelle que soit leur nature, et à tous leurs agents, quelle que puisse être leur personnalité et la conception qu'ils ont de leur mission ? Doit-on apprécier uniformément la responsabilité internationale des Etats pour les fautes personnelles que commettent leurs agents ?

Certes, au niveau des principes juridiques, il paraît assez malaisé d'établir entre les Etats de telles distinctions. Chacun d'eux ne se voit-il pas reconnaître et appliquer la même égalité souveraine ? Tous les Etats ne sont-ils pas juridiquement égaux dans leur souveraineté ? On ne saurait le nier. Par conséquent, ils doivent avoir les mêmes droits et les mêmes obligations. Et ce serait sans doute outrager quelque peu la logique que de prétendre appliquer une règle aux uns et de ne point l'appliquer aux autres.

Pourtant, refuser de tenir compte de ces différences indéniables, ce serait aussi risquer de créer entre les règles juridiques et la réalité un fossé que la communauté internationale ne pourrait supporter très longtemps. En vain objecterait-on le risque d'un certain subjectivisme qui serait ainsi introduit dans les relations internationales. En effet, permettre à chaque Etat d'invoquer ses caractères propres pour faire apprécier différemment la conduite de ses agents n'aboutirait pas fatalement à dissoudre l'application de la règle de droit dans une appréciation morale inspirée de considérations plus ou moins politiques. N'avons-nous pas vu que la conduite d'un agent étatique pouvait être, en fait, différemment appréciée suivant le service auquel il appartient à l'intérieur de l'appareil d'Etat ? Pourquoi se refuserait-on à étendre ce principe et à l'appliquer dans l'ordre inter-étatique ?

Contrairement à ce qui est souvent avancé, une certaine individualisation de la règle du comportement moyen consistant à appliquer celle-ci en tenant compte des caractéristiques propres de l'Etat en cause marquerait peut-être, en définitive, un progrès du droit international de la responsabilité, puisque celui-ci pourrait ainsi se trouver plus en contact avec le réel.

Force est de reconnaître pourtant qu'il n'est pas partout et toujours possible d'apprécier l'attitude de l'auteur d'une faute personnelle par référence à un comportement moyen. En effet, d'assez nombreux Etats refusent de considérer cette règle du comportement moyen comme une véritable règle du droit international.

Au *plan juridique*, ils restent attachés au principe de l'égalité de traitement des nationaux et des étrangers, qui a pour base la pré-

somption de conformité du droit interne au droit international. Or, cette présomption n'est pas toujours vérifiée. Aussi, la Commission mexico-américaine des réclamations devait-elle relever, le 2 novembre 1926, dans l'affaire Roberts, que « l'égalité de traitement des étrangers et des nationaux ne constitue pas au regard du droit international l'ultime critère de la propriété des actes des autorités concernant les étrangers » (61). C'est une des raisons qui ont conduit à la formulation de la règle du comportement moyen. Mais cette règle, telle qu'elle a été conçue, est aujourd'hui battue en brèche.

Au *plan politique*, en effet, un certain nombre d'Etats considèrent que la règle du comportement moyen est seulement applicable aux relations entre certains Etats, parce qu'elle a été établie par ces Etats à une époque aujourd'hui révolue. Les nouveaux Etats nés de la décolonisation, ainsi que les pays qui s'inspirent du marxisme-léninisme dans leur organisation et leurs règles de fonctionnement, partent de cette considération que bon nombre de principes du droit international public ont été élaborés par les puissances dominantes au stade de leur développement impérialiste et que ces principes ne leur sont point opposables.

Dans le rapport qu'il présentait en 1927 au Conseil de la Société des Nations, au nom du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, M. Guerrero déclarait déjà, concernant les précédents dans lesquels avait été admise la responsabilité internationale des Etats pour les actes de leurs fonctionnaires accomplis en dehors de leur compétence : « Tout ce qu'on pourrait déduire de la plupart de ces précédents, c'est que l'abus de pouvoir a voulu s'imposer au droit. Pas une de ces responsabilités n'a été retenue contre des Etats puissants. Et pourtant, peut-on dire que les bons fonctionnaires sont le privilège exclusif des Etats forts ? Une pratique appuyée par la force ne saurait être qualifiée de pratique internationale, dans le sens admis par le droit international » (62).

Ainsi, en définitive, c'est tout l'arrière-plan économique et social du droit international de la responsabilité qui rend difficile une quelconque généralisation de la règle du comportement moyen.

(61) A.J.I.L., 1927, p. 375.

(62) Actes de la Conférence de codification, S.D.N., 1927.V.I, p. 92. Nous avons vu qu'il existait toutefois quelques affaires où un Etat puissant avait été déclaré internationalement responsable à la suite de fautes personnelles de ses agents.

CONCLUSION

« L'usage fait beaucoup de choses avec raison, beaucoup sans raison, et beaucoup contre raison », disait Vaugelas.

L'usage constant des nations a consacré le principe de la responsabilité internationale de l'Etat à raison des fautes personnelles de ses agents. Apparemment. ce principe va « contre raison ». Il semble, en effet, paradoxal de rendre les sujets du droit des gens responsables des actes dont ils ne sont pas juridiquement les auteurs, puisque ces actes sont contraires aux lois. La chose ne s'est cependant pas faite « sans raison ». La nécessité de garantir les relations internationales et les exigences impérieuses de l'équité commandent l'admission d'un tel régime de responsabilité. Et c'est, semble-t-il, « avec raison » que l'on est parvenu à reconnaître ce type de responsabilité internationale, puisque ce sont généralement les actes personnels des agents étatiques qui sont à l'origine des dommages les plus fréquents. Il n'est donc pas étonnant que les cas de responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents soient, en définitive, plus nombreux qu'on ne peut le penser au premier abord.

C'est la raison pour laquelle l' « insolence of office », que Shakespeare plaçait parmi les sept amertumes de Hamlet, a été perçue comme un risque inhérent au commerce entre les nations, qu'il appartient à chacune d'elles de garantir. On se trouve ici en présence d'un domaine qui souligne toute l'importance que peut parfois revêtir la responsabilité sans faute en droit international et dans lequel apparaît, du moins dans certains cas, l'idée de risque. De plus, il s'agit là d'un domaine où il est bien souvent nécessaire de faire appel à des notions extra-juridiques, comme la courtoisie internationale; ce qui prouve, s'il en était besoin, le caractère particulier et autonome du droit international public. Par ces différents aspects, l'étude du régime de la responsabilité internationale pour faute personnelle laisse entrevoir des développements nouveaux de la théorie générale de la responsabilité

en droit international public. Cette étude montre, en effet, que l'on tend à l'incorporation d'une idée de garantie dans les rapports internationaux.

Cependant, l'application de ce régime de responsabilité se heurte à des difficultés qui sont à la fois d'ordre technique et politique, les secondes étant, sans conteste, les plus sérieuses. La première difficulté que l'on rencontre réside essentiellement dans l'imprécision de la notion de faute personnelle. L'appréciation de cette notion n'est pas toujours très claire ni très aisée. Dans certaines hypothèses, on ne pourra que se référer au comportement moyen exigible d'un agent de l'Etat en cause. Plus fréquemment, il sera fait appel à un comportement moyen apprécié *in abstracto*, quel que soit l'Etat dont relève l'agent fautif, par référence à une sorte de standard international. Le choix entre l'une et l'autre solutions dépend, à vrai dire, de considérations politiques, notamment de l'idée que l'on se fait de la société internationale et des rapports entre ses membres; et c'est précisément en cela que réside la seconde difficulté.

Si la responsabilité internationale pour faute personnelle peut, dans une assez large mesure, s'analyser en une obligation de garantie qui est mise à la charge de l'Etat, peut-on pour autant venir prétendre que l'idée de garantie doit être effectivement et également appliquée par tous les Etats, quel que soit leur degré de développement économique et social ? Ou bien, au contraire, certains Etats peuvent-ils se soustraire à cette obligation de garantie en invoquant le fait qu'ils n'ont pas encore les moyens de l'assumer ?

De plus, si ce type de responsabilité internationale peut être fondé sur les nécessités de la vie internationale, croit-on que tous les Etats existants à la surface du globe perçoivent aussi nettement et de la même manière ces nécessités ? On peut en douter; car l'appréciation de ce qui est nécessaire à la vie de relations entre Etats est éminemment subjective et dépend essentiellement des conceptions politiques des Etats en cause. Ainsi, ne voit-on pas certains gouvernements prétendre parfois ignorer les usages de la courtoisie internationale ? Dès lors, les règles élaborées en matière de responsabilité internationale pour faute personnelle ne peuvent-elles pas être tenues en échec ?

Il semble indubitable que les règles du droit international sont également applicables à tous les Etats, quels que puissent être leur puissance respective et leur prestige, le degré de leur civilisation et la nature de leur système économique et politique. Pourtant, jaloux d'une souveraineté qu'ils ont récemment et parfois chèrement acquise, faisant preuve d'un nationalisme sourcilleux, bien des jeunes Etats rejettent aujourd'hui toute une partie du droit international classique, qu'ils estiment incompatible avec leur nouvelle qualité d'Etats

souverains et indépendants (1). Il en va notamment ainsi pour certaines règles de la responsabilité internationale, alors même qu'il s'agit ici d'une des branches les plus développées et les plus perfectionnées du droit des gens.

La plupart des réclamations internationales qui ont fourni l'occasion de ce développement et de ce perfectionnement ont, en effet, surgi dans les pays qui n'avaient pas atteint leur plein développement économique et social, ou dans lesquels apparaissaient de fréquents troubles politiques. Les Etats qui avaient largement achevé leur développement industriel et financier, désireux de trouver des débouchés pour investir les fonds en surplus et les énergies de leurs industriels et de leurs banquiers, se tournèrent vers ces pays qui en étaient encore au seuil de leur développement économique et leur imposèrent des règles de responsabilité internationale, lorsque surgissaient des réclamations.

De ce fait, l'histoire de cette branche du droit international public au cours des XIX^e^ et XX^e^ siècles est intimement liée à l'histoire de la politique impérialiste des Grandes Puissances. Selon l'expression du juge Philip C. Jessup, « l'histoire du développement du droit international de la responsabilité des Etats pour les dommages causés aux étrangers est ainsi un aspect de l'histoire de « l'impérialisme » et de la « diplomatie du dollar » (2). De même, dans le discours qu'il prononça le 17 mars 1930, à l'occasion de l'ouverture des travaux de la Troisième Commission de la Conférence de codification de La Haye, M. Jules Basdevant reconnaissait qu' « au cours des temps et dans de nombreuses circonstances, des ambitions politiques se sont trop souvent dissimulées sous le prétexte de responsabilité » (3).

C'est pourquoi, au cours des débats au sein de la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies sur la responsabilité internationale des Etats, nombre de principes considérés comme fermement établis ont été battus en brèche par les représentants des Etats du Tiers-Monde. M. Padilla Nervo (Mexique) devait notamment relever que « l'histoire de l'institution de la responsabilité des Etats se confond avec l'histoire des obstacles dressés sur la voie des nouveaux pays de l'Amérique Latine — obstacles à la défense de leur indépendance (qui était alors toute récente), à la possession et à l'exploitation de leurs ressources, et à leur intégration sociale » (4).

(1) Voir notamment une déclaration de M. Subandrio, ministre indonésien des Affaires étrangères, en date du 13 mars 1961, selon laquelle beaucoup de règles internationales sont aujourd'hui périmées, car elles ne sont plus adaptées aux situations de l'époque présente. Cf. *Le Monde*, 15 mars 1961.

(2) P. JESSUP, *Responsibility of states for injuries to individuals*, Columbia Law Review, 1946, p. 906.

(3) Actes de la Conférence, vol. IV, Procès-verbaux de la 3^e^ Commission, p. 15.

(4) Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. I, p. 165.

Le reproche ainsi adressé aux règles gouvernant la responsabilité internationale consiste essentiellement en ce que, non seulement il ne fut pas tenu compte, dans leur élaboration, des petits Etats, mais surtout que ces règles furent établies sur l'inégalité des rapports entre Grandes Puissances et petits Etats, dans une méconnaissance totale du principe essentiel *Par in parem non habet imperium*. Le reproche est assez fondé, puisque près de 95 % des litiges internationaux portant sur la responsabilité des Etats au XIX^e^ siècle devaient surgir entre une grande puissance industrielle et un petit Etat nouvellement constitué. Aussi, M. Padilla Nervo estime-t-il que la théorie de la responsabilité internationale est « devenue un voile juridique couvrant les intérêts impérialistes de l'oligarchie internationale au cours du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle » (5).

En particulier, il semble que les principes de la responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents, en tant que régime de responsabilité autonome et indépendant, aient été élaborés par la pratique internationale des Etats qui avaient les moyens matériels de les imposer. Or, la « géographie du droit international », pour reprendre l'expression de J. Westlake (6), s'est trouvée considérablement modifiée au cours des dernières années, notamment en raison de la naissance à la vie internationale d'un certain nombre d'Etats nouveaux. Ces derniers estiment, dès lors, qu'il leur est tout à fait loisible de repousser certaines des règles relatives à la responsabilité internationale, étant donné qu'elles ont été formulées sans leur consentement, quand ce ne fut pas contre leurs intérêts. Ainsi, des juristes afro-asiatiques et d'Amérique latine affirment aujourd'hui que les règles coutumières concernant ce régime de responsabilité internationale ne sauraient être considérées comme faisant partie du droit international généralement accepté. Il s'agirait là de règles applicables seulement aux relations entre « vieux » Etats, c'est-à-dire entre nations réputées civilisées (7). Le droit international manifesterait donc, en un certain sens, un décalage sérieux par rapport aux impératifs de l'époque actuelle. « Il peut bien satisfaire les Etats habitués à pratiquer de longue date l'usage de la souveraineté où ils trouvent encore leur intérêt », note

(5) *Ibid.*

(6) John WESTLAKE, *The native States of India*, The Quaterly Review, octobre 1910. Cf. également l'intervention de M. Pal (Inde) à la 8^e^ session de la Commission de droit international, Annuaire de la Commission, 1956, vol. I, p. 168.

(7) Cf. S.N. GUHA ROY, *Is the law of responsibility of states for injuries to aliens a part of universal international law ;* A.J.I.L., 1961, pp. 863-891. *The responsibility of the state for injuries to aliens ; Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1962, pp. 128-187.

M. J.-L. Quermonne. « Il heurte, en contrepartie, les gouvernements des nations nouvellement indépendantes » (8).

Il importe cependant de ne pas perdre de vue le fait que ces règles coutumières, aujourd'hui critiquées, constituent le droit international en vigueur dans le domaine de la responsabilité des Etats. « Celui-ci s'applique aux Etats anciens comme aux Etats nouvellement parvenus à l'indépendance. Ni le changement de régime survenu dans un Etat, ni la naissance d'un Etat indépendant ne saurait avoir pour effet juridique d'abolir la valeur juridique du droit international en vigueur. Soutenir le contraire, c'est risquer de détruire la stabilité de l'ordre juridique qui doit régner sur la communauté internationale » (9).

Ces limites d'ordre politique ne sont pas les seules que rencontre l'application du régime de la responsabilité internationale pour faute personnelle. Il faut aussi tenir compte, semble-t-il, de la nature même des nouveaux Etats. En proie à un sous-développement économique et social, ils sont également sous-administrés. Manquant de cadres administratifs, possédant des agents publics qui ne sont pas toujours dotés des qualités et de la capacité qu'on est en droit d'attendre d'agents étatiques, les risques d'erreurs, d'excès ou d'abus de pouvoir de la part des fonctionnaires de ces Etats peuvent être plus grands qu'ailleurs. On conçoit que leurs gouvernements se refusent à garantir ces risques, dont ils attribuent souvent la cause à la politique autrefois suivie par les Puissances dominantes. Ainsi, l'idée même de garantie pourra être repoussée par des Etats nouveaux en voie de développement, parce que, l'admettant, ils risqueraient de voir leur responsabilité internationale fréquemment mise en cause à la suite des fautes personnelles nombreuses que commettent inévitablement leurs agents encore inexpérimentés. De même peuvent-ils parfois refuser de tenir compte des exigences de la vie internationale, jusqu'à un certain point tout au moins.

Toutefois, ces pays ont besoin de l'aide et de l'assistance technique des Etats étrangers plus développés et des organisations internationales. Ce qui entraîne inévitablement la présence, sur leur territoire, d'un certain nombre de ressortissants étrangers et de fonctionnaires internationaux. Aussi, les accords d'assistance technique et de coopération conclus par ces Etats prévoient généralement des solutions plus ou moins précises pour les cas où les experts viendraient à subir des dommages dans les pays qu'ils ont pour mission d'assister. Ainsi, aux

(8) J.-L. Quermonne, *Les engagements internationaux des nouveaux Etats, in :* Les nouveaux Etats dans les relations internationales, Cahier F.N.S.P., n° 121, 1962, p. 337.

(9) S. Tsuruoka, *Exposé à la Sous-Commission sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international de l'O.N.U.*, Annuaire C.D.I., 1963, vol. II, p. 261.

termes de l'article 11, alinéa 5, de l'Accord général de coopération technique en matière de personnel, signé le 19 juin 1961 entre la France et la Mauritanie, « dans l'exercice de leurs fonctions, les personnels objet du présent accord reçoivent aide et protection du Gouvernement de la République islamique de Mauritanie ». Et l'article 8, alinéa 4, de l'Annexe relative aux magistrats mis à la disposition du Gouvernement mauritanien précise : « Le Gouvernement de la République islamique de Mauritanie les protège contre les menaces, outrages, injures, diffamations, attaques et contraintes de quelque nature que ce soit dont ils seraient l'objet dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Il répare, le cas échéant, le préjudice qui en serait résulté » (10). De même, l'article 6, *c*), de l'Accord de coopération technique signé le 22 mai 1963 entre la France et la Guinée prévoit que les experts, ingénieurs, instructeurs et techniciens français mis à la disposition du Gouvernement guinéen se verront appliquer « le statut dont bénéficient les experts des organisations internationales » (11). Notons que l'article 11 de la Convention sur les échanges culturels, conclue le 29 juillet 1961 entre ces deux Etats, disposait déjà : « Les ressortissants français séjournant en Guinée conformément à la présente convention jouiront des droits et de la protection garantis aux étrangers par le droit international et par la législation guinéenne. » Le protocole annexé à cette convention, fixant les conditions d'emploi et de service du personnel enseignant recruté par le Gouvernement de la République de Guinée, par l'intermédiaire du Gouvernement de la République française, précisait même que ce personnel bénéficiait d'une protection spéciale (18).

Ainsi, tendrait à apparaître une catégorie d'individus privilégiés, non seulement par rapport aux nationaux des Etats où ils se trouvent, mais aussi par rapport aux autres étrangers installés sur le territoire de ces Etats. Il peut, en effet, arriver que les Etats ainsi assistés refusent de couvrir le risque de faute personnelle vis-à-vis de leurs propres ressortissants et rejettent l'obligation de garantir les étrangers contre les éventuels abus de pouvoir de leurs agents. Ces Etats ne se porteraient garants que vis-à-vis d'une minorité de ressortissants étrangers : ceux qui relèvent de l'assistance technique. Autrement dit, leur res-

(10) Cf. J.O.R.F., 6 février 1962, p. 1340. Des dispositions identiques se retrouvent dans les autres accords de coopération technique conclus par la France et les Etats africains, notamment dans l'accord du 24 avril 1961 avec la Côte-d'Ivoire, article 11, alinéa 5 ; J.O.R.F., 6 février 1962, p. 1275.

(11) J.O.R.F., 3 septembre 1963, p. 8030.

(12) J.O.R.F., 19 avril 1962, p. 4063.

ponsabilité internationale ne pourrait être mise en jeu que sur la base d'un texte conventionnel (13). Sans doute n'est-ce là qu'un pis-aller.

Par ce biais, le droit international de la responsabilité ne parvient-il pas cependant à suivre la réalité politique et sociale dans sa marche ininterrompue ? Et c'est là l'essentiel; car la valeur pratique des règles internationales régissant la responsabilité dépend non seulement de leur expression formelle au regard de la pratique des Etats, mais aussi de leur degré de correspondance avec les besoins actuels de la société internationale dans son ensemble.

Vu,
Le Président de la thèse :
L. CAVARE.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Rennes :
R. PERCEROU.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Rennes :
H. LE MOAL.

(13) Il serait intéressant d'étudier en détail ce point particulier et d'analyser les diverses solutions retenues par les multiples accords bilatéraux et multilatéraux conclus dans le cadre de l'assistance technique.

Bibliographie

1° DOCUMENTS

Conférence de codification de la S.D.N.
(La Haye, 13 mars-12 avril 1930)

Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, Rapport au Conseil de la S.D.N. (Rapport Guerrero), publication de la S.D.N., 1927-V, C. 196.M.70.

Conférence pour la codification progressive du droit international, Bases de discussion, 1929.V, C.75.M.69.

Actes de la Conférence pour la codification progressive du droit international, Procès-verbaux de la 3e *Commission*, vol. IV, 1930.V, C. 351 (c).M.145 (c).

Commission du droit international des Nations-Unies

Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité de l'Etat, A/CN.4/96, 20 janvier 1956.

2e Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/106, 15 février 1957.

3e Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité des Etats, A/CN. 4/111, 2 janvier 1958.

4e Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité des Etats, A/CN. 4/119, 26 février 1959.

5e Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité des Etats, A/CN. 4/125, 9 février 1960.

6e Rapport de F.V. Garcia Amador sur la responsabilité des Etats, A/CN. 4/134, 26 janvier 1961.

Rapport présenté par M. Roberto Ago sur la responsabilité des Etats et documents de travail sur cette même question, A/CN. 4/152, 16 janvier 1963.

Institut de droit international

Rapport de M. Strisower sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, et Observations sur le rapport des membres de la Commission, Annuaire de l'Institut de droit international 1927, tomes I et III.

Harvard Law School

The law of Responsibility of States for damages done in their territory to the person or property of foreigners, A.J.I.L., 1929, suppl.

Convention on the international responsibility of states for injuries to aliens, Draft n° 11, 1er janvier 1960.

2° RECUEILS DE TEXTES

Bruns (V.), *Fontes juris Gentium*, Répertoire de la correspondance diplomatique des États européens.

Colliard (C.A.), *Droit international et histoire diplomatique*, 2 vol.

Clercq (de), *Recueil des traités de la France* (1713-1906) 23 vol.

Descamps-Renault, *Recueil des traités du XXe siècle.*

Martens (Ch. de), *Recueil général des traités internationaux.*

Recueil des Traités de la Société des Nations.

Recueil des Traités de l'Organisation des Nations-Unies.

3° RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Claims Commission between Great Britain and Mexico, Further decisions and opinions of commissionners in accordance with the convention of nov. 19, 1926 and dec. 5, 1930 (subsequent to febr. 15, 1930).

Feller (A.H.), *The Mexican claims commissions* (1923-1934), New York, 1935.

Hackworth (G.H.), *Digest of international law*, 8 vol., Washington, 1940-1944.

Hunt (B.L.), *American and Panamanian General claims arbitration under convention of july* 28, 1926, *and dec.* 2, 1932, *Report*, Washington, 1934.

Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine des réclamations (1924-1932), Paris, 1933.

Lafontaine, *Pasicrisie internationale, Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (1794-1900), Berne, 1902.

Lapradelle-Politis, *Recueil des Arbitrages internationaux*, 3 tomes : I (1798-1855), II (1856-1872), III (1875-1900).

Lauterpacht, *Annual digest of Public international law cases*, 1919-1932. - *Annual Digest and Reports of Public international law cases*, 1933-1949. - *International law Reports*, 1950-1960, 28 volumes.

Martens (C. de), *Causes célèbres du droit des gens*, Paris, 1827.

Moore (J.B.), *History and Digest of the international arbitrations to which the United States have been a party*, Washington, 1898, 6 vol.

— *Digest of international law*, Washington, 1906, 8 vol.

Nielsen (F.K.), *American and British Claims arbitration under the special agreement of Aug.* 18, 1910, *Report*, Washington, 1926.

— *International law as applied to reclamations (mainly in cases between the United States and Mexico)*, Washington, 1933.

— *American-Turkish claims settlement under the agreement of Dec.* 24, 1924, *Opinions and Report*, Washington, 1937.

Opinions of Commissionners under the convention concluded Sept. 8, 1923, between the United States and Mexico (1926-1927), Washington, 1929.

Opinions of Commissionners under the convention concluded Sept. 8, 1923, as extended by the convention signed Aug. 16, 1927, beween the United States and Mexico (1928-1929), Washington, 1929.

Opinions of Commissionners under the convention concluded Sept. 8, 1923, as extended by subsequent conventions, between the United States and Mexico (1930-1931), Washington, 1931.

Publications de la Cour permanente de justice internationale, Série A (arrêts), série B (avis consultatifs), série A/B (après 1930).

RALSTON (J.H.), *Venezuelian arbitrations of* 1903, Washington, 1904.
— *International arbitral law and procedure, Boston,* 1910 ; 2e éd., 1925 ; supplément, 1935.

Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice.

Recueil des décisions de la Commission de conciliation franco-italienne instituée par l'article 83 du Traité de Paix avec l'Italie, 6 fascicules.

Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies, 14 volumes.

SCOTT (J.B.), *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage.*

STUYT (A.M.), *Survey of international arbitrations* (1798-1938), 1939.

WHITEMAN (M.M.), *Damages in international law,* Washington, 1937-1953, 3 vol.

WITENBERG (J.C.), *Commission mixte des réclamations germano-américaine,* décisions rendues de 1923 à 1939, 3 vol. (1926, 1927, 1940).

4° OUVRAGES ET ARTICLES

ACCIOLY, *Traité de droit international public,* traduction P. Goulé, Paris, 1940, 3 vol.
— *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence,* R.C.A.D.I., 1959-I, p. 350.

AGO, *La responsabilità indiretta nel diritto internazionale,* Archivio di diritto pubblico, 1936.
— *Le délit international,* R.C.A.D.I., 1939-II, p. 419.

ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello state nel diritto internazionale,* Florence, 1902.
— *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers,* R.G.D.I.P., 1906, pp. 5-29 et 285-309.
— *Cours de droit international,* traduction G. Gidel, 1929.

ARATO, *Die völkerrechtliche Haftung, Schriften des Instituts für internationales Recht an der Elisabeth-Uniniversität in Pecs* (Ungarn), n° 25, 1937.

BARTON, *Foreign armed forces, Immunity from supervisory jurisdiction,* B.Y.B., 1949, p. 380.
— *Foreign armed forces, Immunity from criminal jurisdiction,* B.Y.B., 1950, p. 186.

BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1936-IV, p. 475.

BENJAMIN, *Haftung des Staates aus dem Verschulden seiner Organe nach Völkerrecht, Heidelberg Diss.,* Breslau, 1915.

BERLIA, *De la responsabilité internationale de l'Etat,* Mélanges G. Scelle, 1950, p. 875.

BILGE, *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs,* Istanbul, 1950.

BISHOP (Jr), *International law, cases and materials,* New York, 1953.

BISSONNETTE, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international,* Genève, 1952.

BLASER, *La nationalité et la protection juridique internationale de l'individu,* Lausanne, 1962.

BLOCH et LEFEVRE, *La fonction publique internationale et européenne,* 1963.

BLOCK, *Suits against government officers and the sovereign immunity doctrine,* Harvard Law Review, 1946, p. 1060.

BLUNTSCHLI, *Das moderne Vökerrecht der civilisierten Staaten,* 3e éd., 1878.

BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad,* New York, 1915, 1927.

— *Responsibility of states for damages done in their territories to the person or property of aliens*, A.J.I.L., 1927.
— *Theoretical aspects of the international responsibility of states*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, p. 223.
— *Tort liability of the state*, *Journal of comparative legislation and international law*, février 1930, pp. 1-12.
— *Responsibility of states at the Hague Codification Conference*, A.J.I.L., 1930, p. 517.
— *La responsabilité internationale des Etats à la Conférence de codification de La Haye*, R.D.I.L.C., 1931, p. 517.
— *The local remedy rule*, A.J.I.L., 1934.
— *La responsabilité des Etats à la Conférence de La Haye*, R.G.D.I.P., 1936, p. 37.
— *The minimum standard of the treatment of aliens*, *Proceedings of the American Society of international law*, 1939, p. 51.

Bourquin, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1931-I.

Brierly, *The theory of implied state complicity in international claims*, B.Y.B., 1928, p. 42.
— *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1936-IV, p. 5.

Briggs, *The validity of the Greenland agreement*, A.J.I.L., 1941, p. 506.
— *The law of nations, cases, documents and notes*, 2e éd., 1952.
— *The local remedies rule*, A.J.I.L., 1956, p. 921.

Burckhardt, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berne, 1924.

Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, 1963.

Carlebach, *Le problème de la faute et sa place dans la norme du droit international*, 1962.

Cavare, *Le recours pour excès de pouvoir en droit international public*, Etudes en l'honneur d'A. Mestre, 1956, p. 63 et suiv.
— *Le droit international public positif*, 2e éd., tome I (1961), tome II (1962).
— *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Cours I.H.E.I., Paris, 1963-1964.

Cohn, *La théorie de la responsabilité internationale*, R.C.A.D.I., 1939-II, p. 209.

Colliard, *Comparison between English and French administrative law*, Transactions of the Grotius society, 1940, p. 119.
— *La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, A.F.D.I., 1961, p. 32.

Coutant, *Le statut des forces des Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord*, Rev. Adm., 1953.

Crandall, *Principles of international law applied by the Spanish treaty chaims Commission*, A.J.I.L., 1910, p. 806.

Decencière-Ferrandière, *La responsabilité des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Thèse, Paris, 1925.

Delbez, *Principes généraux du contentieux international*, 1962.

Dickinson, *Jurisdiction following seizure or arrest in violation of international law*, A.J.I.L., 1934, p. 231.

Donot, *De la responsabilité de l'Etat fédéral à raison d'actes des Etats particuliers*, Thèse, Paris, 1912.

Dumas, *Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité des Etats en matière criminelle*, R.D.I.L.C., 1929, p. 277.
— *La responsabilité internationale des Etats à raison de crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers (Essai sur l'évolution qui conduit du droit pénal international au droit international pénal)*, 1930.

DUNN, *The protection of nationals, a study in the application of international law*, Baltimore, 1932.

DUPUY, *Le droit international, Collection* « Que sais-je », 1963.

DUROSELLE et MEYRIAT, *Les nouveaux Etats dans les relations internationales*, Cahier de la Fondation nationale des sciences politiques, 1962.

EAGLETON, *The responsibility of state for protection of foreign officials*, A.J.I.L., 1925, p. 293.

— *The responsibility of states in international law*, New York, 1928.

— *Measure of damages in international law, Yale Law Journal*, vol. 39, 1929-1930, p. 52.

— *Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'Etat*, R.D.I.L.C., 1930, p. 643.

— *L'épuisement des recours internes et le déni de justice d'après quelques décisions récentes*, R.D.I.L.C., 1935, p. 504.

— *International organization and the law of responsibility*, R.C.A.D.I., 1950-I, p. 335.

EUSTATHIADES, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires*, Paris, 1936, 2 vol.

— *Les sujets de droit international et la responsabilité internationale*, R.C.A.D.I., 1953-III, p. 401.

— *Principes généraux de la responsabilité internationale des Etats*, Etudes de droit international, Athènes, 1959, vol. I, p. 513.

— *La responsabilité internationale*, Cours I.H.E.I., Paris, 1951, 4 fasc.

FACHIRI, *The local remedies rule in the light of the Finnish ships arbitration*, B.Y.B., 1936.

FAWCETT, *The exhaustion of local remedies, substance or procedure*, B.Y.B., 1954.

FENWICK, *International law*, 3e éd., 1948.

FINCH, *Les sources modernes du droit international*, R.C.A.D.I., 1935-III.

FITZMAURICE, *The meaning of the term « denial of justice »*, B.Y.B., 1952, p. 93.

FREEMAN, *The international responsibility of states for denial of justice*, New York, 1938.

— *The international responsibility of states for denial of justice*, A.J.I.L., 1946.

— *Responsibility of states for unlawfull acts of their armed forces*, R.C.A.D.I., 1955-II, p. 267.

FREUND, *L'Etat soviétique et le statut de ses représentations commerciales*, Clunet, 1934, pp. 5-21.

FRIEDMANN, *The growth of state control over the individual and its effect upon the rules of international state responsibility*, B.Y.B., 1938, p. 118.

FUNCK-BRENTANO et SOREL, *Précis de droit des gens*, 3e éd., 1900.

FURGLER, *Grund-Probleme der völkerrechlichen Verantwortlichkeit der Staaten*, Thèse, Fribourg (Suisse), 1949.

GARCIA AMADOR, *State responsibility in the light of the new trends of international law*, A.J.I.L., 1955, p. 339.

— *Nature juridique et fonction de la responsabilité internationale de l'Etat*, Rev. de dr. int. et des sc. dipl., 1957, p. 146.

— *State responsibility, some new problems, R.C.A.D.I.*, 1958 (tome 94), p. 369.

GARNER, *Responsibility of states for injuries suffered by foreigners within their territories, Proceedings of the American society of international law*, 1927.

GLASER, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, 1954.

GREWE, *Der Grönland-Vertrag von Washington, Monatshefte füt auswärtige Politik*, mai 1941, p. 431.

GUERRERO, *La responsabilité internationale des Etats, Académie diplomatique internationale, Séances et travaux*, vol. III, avril-juin 1928.

GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Genève, 1954, 2 vol.

GUHA ROY, *Is the law of responsibility of states for injuries to aliens a part of universal international law*, A.J.I.L., 1961, p. 863.

— *The responsibility of the state for injuries to aliens*, *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1962, p. 128.

GUTTERIDGE, *Immunities of the subordinate diplomatic staff*, B.Y.B., 1947, p. 148.

HACKWORTH, *Responsibility of states for damages caused in their territory to the person or property of foreigners*, A.J.I.L., 1930, p. 500.

HALL, *International law*, 8e éd.

HILLE (van) : *Etude sur la responsabilité internationale de l'Etat*, R.D.I.L.C., 1929, p. 531.

HOIJER, *La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes législatifs*, R.D.I.L.C., 1929, p. 577.

— *La responsabilité internationale des Etats*, Paris, 1930.

HONIG, *The responsibility of states in international law*, The Law Journal, 22 nov. 1957, p. 739.

HUDSON, *International tribunals, past and future*, 1944.

HURST, *Les immunités diplomatiques*, R.C.A.D.I., 1926-II.

HYDE, *How far is the position of resident alien recognized and protected by international law*, *Proceedings of the American Society of international law*, 1911, p. 32.

— *International law, chiefly as interpreted and applied by the United States*, 3 vol., 2e éd., 1945.

JESS, *Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, *Abhanlungen aus dem Staats-und Verwaltungsrecht*, Breslau, 1923.

JESSUP, *Responsibility of states for injuries to individuals*, Columbia Law Review, 1946, p. 903.

— *A modern law of nations*, New York, 1948.

KELSEN, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932.

— *Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals*, California Law Review, 1943, p. 530.

— *Collective and individual responsibility for acts of state in international law*, J.Y.B., 1948, p. 226.

— *Principles of international law*, New York, 1952.

— *Théorie du droit international*, R.C.A.D.I., 1953-III.

— *Théorie pure du droit*, traduction C. Eisenmann, 1962.

KOESSLER, *Government espousal of private claims before international tribunals*, University of Chicago Law Review, 1946, p. 180.

LAW : *The local remedies rule in international law*, Thèse, Genève, 1961.

LAZAREFF, *L'interprétation par les tribunaux français de la Convention sur le statut des forces de l'O.T.A.N.*, Rev. de droit pénal militaire et de droit de la guerre, vol. 1, n° 1, 1962, p. 117.

— *Le statut des forces de l'O.T.A.N. et son application en France*, 1964.

LE FUR, *Précis de droit international*, 3e éd.

LÉVY, *La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public*, R.G.D.I.P., 1961, p. 744.

L'HUILLIER, *Eléments de droit international public*, 1950.

LISZT (von) : *Das Völkerrecht*, 12e éd., Berlin, 1925.

MADJD, *La presse et la responsabilité internationale de l'Etat*, Thèse, Paris, 1959.

MARINONI, *La responsabilità degli stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Rome, 1914.

MERON, *International responsibility of states for unauthorized acts of their officials*, B.Y.B., 1957, p. 85.

MONACO, *Les conventions entre belligérants*, R.C.A.D.I., 1949-II.

NGUYEN QUOC DINH, *La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations et immunités diplomatiques*, Cours I.H.E.I., Paris, 1961-1962.

OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, 7e éd., vol. I (1948), vol. II (1952).

PAONE, *Sul art. 8 della Convenzione di Londra fra gli stati membri della N.A.T.O.*, *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 223.

PATEY, *L'adaptation pour l'Allemagne de la Convention de Londres sur le statut des forces de l'O.T.A.N.*, *A.F.D.I.*, 1959, p. 727.

PERSONNAZ, *La réparation du préjudice en droit international public*, Thèse, Paris, 1939.

PLANTEY, *La réparation des dommages causés dans la métropole par les membres des forces armées alliées de 1944 à 1946*, Rec. Dalloz, 1951, Chronique, pp. 9-12.

REDSLOB, *Traité de droit des gens*, 1950.

REUTER, *Institutions internationales*, 1re éd. (1955) ; 3e éd. (1962).

— *La responsabilité internationale, problèmes choisis*, Cours de droit, Paris, 1956, Les Nouvelles Institutes.

— *Droit international public*, 1958.

RICE (Jr), *State responsibility for failure to vindicate the public peace*, A.J.I.L., 1934, p. 246.

RITTER, *La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale*, A.F.D.I., 1962, p. 427.

ROTH, *The minimum standard of international law applied to aliens*, La Haye, 1949.

ROUSSEAU, *Principes généraux de droit international public*, tome I, 1944.

— *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international*, R.C.A.D.I., 1948-II.

— *Droit international public*, 1953.

— *La responsabilité internationale*, Cours de droit, Paris, 1959-1960.

RUEGGER, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die auf seinem Gebiete begangenen Verbrechen*, Zürich, 1924.

RUYSSEN, *Les responsabilités internationales des Etats*, *La Paix par le Droit*, février 1931, p. 85.

SALVIOLI, *La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux*, R.C.A.D.I., 1929-III, p. 235.

SAUSER-HALL, *La responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice*, Friedenswarte, 1938, p. 303.

SCELLE, *Précis de droit des gens*, tome I (1932), tome II (1934).

— *Manuel de droit international public*, 1948.

SCHOEN, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen*, Breslau, 1917.

SCHROEDER, *Die Grenzen der staatlichen Verantwortlichkeit für Handlungen von Staatsorganen im völkerrechtliche Verkehr*, Zürich, 1939.

SCHWARTZ, *International law and the Status of Forces Agreement*, *Columbia Law Review*, 1953, p. 1091.

SCHWARZENBERGER, *International law as applied by international courts and tribunals*, 2e éd., 1949.

SEDLACEK, *La responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers*, Rev. de dr. int. et des sc. dipl., 1929, p. 20.

SEYERSTED, *United Nations Forces, some legal problems*, B.Y.B., 1961, p. 405.

SIBERT, *Traité de droit international public*, 2 vol., 1951.

SILVING, *In re Eichmann, a dilemma of law and morality*, A.J.I.L., 1961, pp. 307-358.

SOERENSEN, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1960-III.

SOHN and BAXTER, *Responsibility of states for injuries to the economic interests of aliens*, A.J.I.L., 1961, p. 545.

SOLDATI, *La responsabilité des Etats dans le droit international*, Thèse, Berne, 1934.

STARKE, *Imputability in international delinquencies*, B.Y.B., 1938, p. 104.

STASSINOPOULOS, *La responsabilité civile de l'Etat du fait d'actes ayant trait aux relations internationales et aux actes de gouvernement en général*, R.H.D.I., 1949, p. 127.

— *La responsabilité civile de l'Etat du fait des actes de gouvernement ayant trait aux relations internationales*, Mélanges Séfériadès, tome II, Athènes, 1961.

STOLL, *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, Bruxelles, 1962.

STREET, *Governmental liability, a comparative study*, Cambridge, 1953.

STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, 1920.

— *Les règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1934-I, p. 261.

TAGER, *L'Etat russe commerçant et le Traité franco-soviétique*, Clunet, 1934, p. 22.

TAKANO, *Foreign armed forces and criminal jurisdiction of Japan*, J.A.I.L., 1958, p. 19.

TENEKIDÈS, *L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale*, R.D.I.L.C., 1933.

THORNEYCROFT, *Personal responsibility and the law of nations*, La Haye, 1961.

TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 ; traduction R. Brunet, 1920.

VIGNES (D.), *L'affaire Girard et le statut des forces américaines stationnées en territoire étranger*, A.F.D.I., 1957, p. 304.

VISSCHER (Ch. de), *La responsabilité des Etats, Bibliotheca Visseriana*, Leyde, 1924, tome II, p. 89.

— *Notes sur la responsabilité et la protection diplomatique d'après quelques documents récents*, R.D.I.L.C., 1927, p. 245.

— *Le déni de justice en droit international*, R.C.A.D.I., 1935-II, p. 431.

— *Principes du droit international public*, R.C.A.D.I., 1954-II.

— *Observations sur l'effectivité en droit international public*, R.G.D.I.P., 1958.

— *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., 1960.

VITTA, *La responsabilità internazionale dello stato per atti legislativi*, Milan, 1953.

VOELCKEL, *L'application aux forces navales de la Convention de Londres du 19 juin 1951*, A.F.D.I., 1962, p. 744.

WHITTON, *L'exercice de la compétence pénale à l'égard des forces américaines à l'étranger*, R.G.D.I.P., 1959, p. 5.

WRIGHT, *Enforcement of international law through municipal law in the United States, Urbana* (University of Illinois), 1916.

ZANNAS, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, 1952.

Table de la jurisprudence internationale citée

1° ARRETS ET AVIS DE LA C.P.J.I.

Arrêt n° 1, 17 août 1923, Affaire du Vapeur « Wimbledon ».

Arrêt n° 2, 30 août 1924, Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine.

Arrêt n° 5, 26 mars 1925, Affaire Mavrommatis (fond).

Arrêt n° 7, 25 février 1926, Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond).

Arrêt n° 8, 26 juillet 1927, Indemnité relative à l'usine de Chorzow (compétence).

Arrêt n° 9, 7 septembre 1927, Affaire du « Lotus ».

Arrêt n° 13, 13 septembre 1928, Affaire de l'usine de Chorzow (fixation de l'indemnité).

Arrêt n° 14, 12 juillet 1929, Affaire des emprunts brésiliens.

Avis n° 23, 4 février 1932, Traitement des sujets polonais par les autorités dantzikoises.

Arrêt n° 20, 5 avril 1933, Affaire du Groënland oriental (fond).

Arrêt n° 28, 14 juin 1938, Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires).

Arrêt n° 29, 28 février 1939, affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (fond).

Arrêt n° 30, 4 avril 1939, Compagnie d'électricité de Sofia (exceptions préliminaires).

2° ARRETS ET AVIS CONSULTATIFS DE LA C.I.J.

Avis consultatif du 28 mai 1948, Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies.

Arrêt du 9 avril 1949, Affaire du détroit de Corfou.

Arrêt du 27 août 1952, Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc.

Arrêt du 6 avril 1955, Affaire Nottebohm (2e phase).

Arrêt du 21 mars 1959, Affaire de l'Interhandel.

Avis consultatif du 20 juillet 1962, Certaines dépenses des Nations-Unies (articles 17, § 2 de la Charte).

3° SENTENCES DE LA C.P.A.

22 mai 1909, Affaire des déserteurs allemands de la Légion étrangère à Casablanca.

24 février 1911, Affaire Savarkar.

3 mai 1912, Affaire Canevaro.

6 mai 1913, Affaire du « Manouba » et du « Carthage ».

2 septembre 1920, Affaire des biens contestés en Portugal.

9 juin 1931, affaire Chevreau.

4° DECISIONS DES COMMISSIONS D'ARBITRAGE ET DE CONCILIATION

Adams, E.U.-Panama, 21-6-1933 ; Hunt, Report, p. 275.

American Bible Society, E.U.-G.-B., non daté ; Moore, Digest, III, p. 742.

Baldwin, E.U.- Mexique, 23-2-1842 ; Moore, Arbitrations, IV, p. 3235.

Baldwin, E.U.-Panama, 26-6-1933 ; Hunt, Report, p. 311.

Bellon, France-Mexique, 18-6-1929 ; A.D., 1929-1930, n° 104.

Bensley, E.U.-Mexique, 20-2-1850 ; Moore, Arbitrations, III, p. 3016.

Blumhardt, E.U.-Mexique, 11-9-1875 ; Moore, Arbitrations, III, p. 3146.

Brewer Moller and C°, Allemagne-Vénézuela, 1903 ; Ralston, Venezuelian Arbitrations, p. 584.

Brissot, E.U.-Vénézuela, non daté ; Moore, Arbitrations, III, p. 2949.

Bronner, E.U.-Mexique, 4-11-1874 ; Moore, Arb. III.3134.

Cadenhead, G.B.-E.U., 1-5-1914 ; Nielsen, Report, p. 505.

Cahill, E.U.-Espagne, 8-1-1876 ; Moore, Arb. III.3066.

Caire, France-Mexique, 7-6-1929 ; R.S.A., vol. V, p. 516.

Campbell, E.U.-Haïti, 1898 ; Moore, Arb. III.2990.

Canada, E.U.-Brésil, 11-7-1872 ; R.A.I., tome II, p. 622.

Canadian Claims for Refund of Duties, G.B.-E.U., 19-3-1925 ; A.D., 1925-26, p. 230.

Cape Horn Pigeon, E.U.-Russie, 29-11-1902 ; R.S.A., vol. IX, p. 63.

Castelain, France-E.U. non daté ; Moore, Arb. III.2999.

Cesarino, Italie-Vénézuéla, 1903 ; R.S.A., vol. X, p. 598.

Chazen, E.U.-Mexique, 8-10-1930 ; R.S.A., vol. IV, p. 564.

Christern, Allemagne-Vénézuela, 1903 ; Ralston, Ven. Arb., p. 520.

Cie générale des Asphaltes de France, G.-B.-Vénézuela, 1903 ; R.S.A., vol. X, p. 390.

Colom y Piris, E.U.-République dominicaine, 1934 ; Hackworth, Digest, vol. V, p. 570.

Columbia, E.U.-Panama, 1909 ; Hackworth, Digest, vol. V, p. 567.

Colunje, Panama-E.U., 27-6-1933 ; Hunt, Report, p. 733.

Connelly, E.U.-Mexique, 23-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 117.

Coquitlam, G.B.-E.U., 18-12-1920 ; Nielsen, Report, p. 447.

Cotesworth and Powell, G.B.-Chili, 5-11-1875 ; R.A.I., tome III, p. 731.

Croft, G.B.-Portugal, 7-2-1856 ; R.A.I., tome II, p. 1.

Davies, E.U.-Mexique, 23-3-1927 ; A.D., 1927-28, p. 207.

Davy, G.B.-Vénézuéla, 1903 ; Ralston, Ven. Arb., p. 410.

Diaz, Panama-E.U., 27-6-1933 ; Hunt, Report, p. 639.

Diaz, Mexique-E.U., 16-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 106.

Donoughho, E.U.-Mexique, 1-4-1876 ; Moore, Arb. III.3012.

Dunbar and Belknap, E.U.-Mexique, 17-4-1875 ; Moore, Arb. III, 2998.

Eliza, E.U.-Pérou, 2-11-1863 ; R.A.I., tome II, p. 270.

Fair American, E.U.-Mexique, 23-4-1841 et 10-7-1841 ; Moore, Arb. IV, 3369.

Falcon, E.U.-Mexique, 16-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 104.

Faulkner, E.U.-Mexique, 2-11-1926 ; A.J. 44, 1927, p. 349.

Favourite, G.-B.-E.U., 9-12-1921 ; Nielsen, Report, p. 515.

Filatures de Schappe, France-Italie, 6-7-1954 ; Recueil des décisions de la Commission, fasc. 5, p. 93.

Forrest (ou William Yeaton), E.U.-Vénézuéla, non daté ; Moore, Arb. III, 2944.

Fregate « Forte », Brésil-G.B., 18-6-1863 ; R.A.I., tome II, p. 230.

Frierdich, France-Vénézuela 1903 ; Ralston, Vénézuélian Arbitration, p. 42.

Garcia and Garza, Mexique-E.U., 3-12-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 119.

Garrison, E.U.-Mexique, 7-11-1871 ; Moore, Arb. III, 3129.

Gordon, E.U.-Mexique, 8-10-1930 ; R.S.A., vol .IV, p. 586.

Hampden Osborne Banks, E.U.-Panama, 29-6-1933 ; Hunt, Report, p. 117.

Hawaiian Claims, G.B.-E.U., 10-11-1925 ; Nielsen, Report, p. 150.

Hemming, G.B.-E.U., 18-12-1930 ; Nielsen, Report, p. 617.

Henriquez, Pays-Bas-Vénézuela ; Ralston, Ven. Arb., p. 896.

Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise, France-Italie, 15-9-1951 ; Recueil des décisions de la commission, fasc. 3, p. 119.

Industry (ou Sibley), E.U.-Mexique, 23-2-1842 ; Moore, Arb. III, 3045.

Janes, E.U.-Mexique, 16-11-1926 ; A.J.I.L., 1927, p. 362.

Jeanneaud, France-E.U., non daté ; Moore, Arb. III, 3.000.

Jeannotat, Mexique-E.U., 15-8-1875 ; Moore, Arb. IV, 3.673.

Jessie, G.B.-E.U., 2-12-1921 ; Nielsen, Report, p. 479.

Jonan, E.U.-Mexique, 20-11-1875 ; Moore, Arb. III, 3.251.

Kalklosch, E.U.-Mexique, 18-10-1928 ; R.S.A., vol. IV, p. 412.

Kling, E.U.-Mexique, 8-10-1930 ; R.S.A., vol. IV, p. 575.

Knotts, E.U.-Mexique, 13-5-1929 ; R.S.A., vol. IV, p. 537.

Koch, E.U.-Mexique, 18-10-1928 ; A.D., 1927-28, p. 237.

Lacaze, France-Argentine, 19-3-1864 ; R.A.I., tome II, p. 290.

Leichardt, E.U.-Mexique, non daté ; Moore, Arb. III, 3.133.

Maal, Pays-Bas-Vénézuela, 1903 ; R.S.A., vol. X, p. 914.

Malamatinis, E.U.-Turquie, 1934 ; Nielsen, Opinions and Report, p. 608.

Mallen, Mexique-E.U., 27-4-1927 ; R.S.A., vol. IV, p. 173.

Massey, E.U.-Mexique, 15-4-1927 ; R.S.A., vol. IV, p. 155.

Mc Calmont, Greaves and C°, G.B.-E.U., 15-1-1855 ; Moore, Arb. III, 2866.

Mermaid, G.B.-Espagne, 28-2-1869 ; R.A.I., II, 491.

Metzger, Allemagne-Vénézuéla, 1923 ; Ralston, Ven. Arb., p. 678.

Montano, Pérou-E.U., 1863 ; Moore, Arb. II, 1630.

Morrill, E.U.-Vénézuéla, 1889 ; Ralston, Int. Arb. Law, p. 224.

Morton, E.U.-Mexique, 2-4-1929 ; R.S.A., vol. IV, p. 428.

Moses, E.U.-Mexique, 14-4-1871 ; Moore, Arb. III, 3.127.

Mosse, France-Italie, 31-10-1951 ; Rec. des décisions de la Commission, fasc. 3, p. 146.

Mosse, France-Italie, 17-1-1953 ; Rec. des décisions, fasc. 4, p. 117.

Munroe, E.U.-Mexique, 17-5-1929 ; R.S.A., vol. IV, p. 538.

Neer, E.U.-Mexique, 15-10-1926 ; A.J.I.L., 1927, p. 555.

NEWTON, E.U.-Mexique, non daté ; Moore, Arb. III, 2997.
NOYES, E.U.-Panama, 22-5-1933 ; Hunt, Report, p. 155,
ONLY SON, E.U.-G.B., 23-12-1854 ; Moore, Arb. IV, 3.404.
OUSSET, France-Italie, 5-7-1954 ; Rec. des décisions de la Commission, fasc. 5, p. 36.
PANAMA STAR and HERALD, E.U.-Colombie, 1899 ; Moore, Digest, IV, 775.
PEAR, E.U.-Honduras, non daté ; Moore, Digest, IV, 762.
PIERCE, E.U.-Mexique, non daté ; Moore, Arb. IV, 3.252.
POGGIOLI, Italie-Vénézuéla, 31-2-1903 ; R.S.A., vol. X, p. 670.
PUGH, G.B.-Panama, 6-7-1933 ; R.S.A., vol. II, p. 1446.
Question litigieuse concernant la nationalité de diverses personnes, Allemagne-Lithuanie, 10-8-1937 ; R.S.A., vol. III, p. 1721.
QUINTANILLA, Mexique-E.U., 16-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 101.
Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, G.B.-Espagne, 23-10-1924 ; R.S.A., vol. II, p. 642.
RICHESON, E.U.-Panama, 26-6-1933 ; Hunt, Report, p. 247.
ROBERTS, E.U.-Vénézuéla, 1903 ; R.S.A., vol. X, p. 205.
ROBERTS, E.U.-Mexique, 2-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 77.
ROPER, E.U.-Mexique, 4-4-1927 ; A.D., 1927-28, p. 223.
RUDEN, E.U.-Pérou, non daté ; Moore, Arb. II, 1653.
RUIZ, Panama-E.U., 28-6-1933 ; Hunt, Report, p. 635.
SABLA, E.U.-Panama, 29-6-1933 ; Hunt, Report, p. 379.
SALVATOR LILLI, France-Turquie, 22-11-1895 ; R.G.D.I.P., 1897, p. 541.
SAMBIAGGIO, Italie-Vénézuéla, 1903 ; R.S.A., vol. X, p. 500.
SHIPLEY, E.U.-Turquie, non daté ; Whiteman, Damages, vol. I, p. 12.
SHRIGLEY, E.U.-Chili, non daté ; Moore, Arb. IV, 3.711.
SHUFELDT, E.U.-Guatémala, 1932 ; Hackworth, Digest V, 561.
SLOCUM, E.U.-Mexique, 7-6-1876 ; Moore, Arb. III, 3140.
SMITH, E.U.-Mexique, non daté ; Moore, Arb. III, 3.146.
SOLIS, E.U.-Mexique, 3-10-1928 ; R.S.A., vol. IV, p. 358.
STEPHENS, E.U.-Mexique, 15-7-1927 ; R.S.A., vol. IV, p. 265.
SWINNEY, E.U.-Mexique, 16-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 98.
TRIBOLET, E.U.-Mexique, 8-10-1930 ; R.S.A., vol. IV, p. 598.
TUCKER, G.B.-E.U., 5-2-1927 ; Hacworth, Digest, V, p. 383.
TUNSTALL, E.U.-G.B., non daté ; Moore, Digest IV, 662 et 742.
TURNER, E.U.-Mexique, 23-7-1927 ; R.S.A., vol. IV, p. 278.
UNDERHILL, E.U.-Vénézuéla, 1903 ; R.S.A., vol. IX, p. 155.
Union BRIDGE C°, G.B.-E.U., 8-1-1924 ; Nielsen, Report, p. 371.
VENABLE, E.U.-Mexique, 8-7-1927 ; R.S.A., vol. IV, p. 219.
VERDOL, France-Italie, 5-4-1949 ; Rec. des décisions de la Commission, fasc. 1, p. 63.
WANDERER, C.-E.U., 9-12-1921 ; Nielsen, Report, p. 459.
WAY, E.U.-Mexique, 18-10-1928 ; R.S.A., vol. IV, p. 391.
WILLIAM LEE, E.U.-Pérou, 27-11-1863 ; R.A.I., tome II, p. 282.
WILSON, E.U.-Mexique, 23-1-1850 ; Moore, Arb. III, 3.021.
YOUMANS, E.U.-Mexique, 23-11-1926 ; R.S.A., vol. IV, p. 110.
YOUNG, E.U.-Pérou, non daté ; Moore, Digest VI, 758.
ZAFIRO, G.B.-E.U., 30-11-1925 ; Nielsen, Report, p. 160.

Table des Matières

INTRODUCTION 1

§ 1. La notion de responsabilité en droit international public 1

§ 2. Les deux types de responsabilité internationale 6

I. — La responsabilité pour actes étatiques 6

II. — La responsabilité pour fautes personnelles 9

§ 3. Objet de l'étude 12

I. — La responsabilité des Etats 12

II. — Pour les fautes personnelles des agents de l'Exécutif 14

§ 4. Intérêt de l'étude 16

§ 5. Méthode de l'étude 19

§ 6. Plan de l'étude 22

PREMIÈRE PARTIE

LES ELEMENTS DE BASE DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS 23

CHAPITRE PREMIER. — *L'auteur de l'acte dommageable : l'agent étatique* 25

Section I. — La notion d'agent de l'Etat au regard du droit international de la responsabilité 27

§ 1. Agent et représentant 27

§ 2. Les critères inapplicables en droit international 29

I. — La nature des rapports entre l'agent et l'Etat 31

II. — Le caractère permanent ou temporaire des fonctions de l'agent. 32

III. — Le mode de rémunération de l'agent 33

§ 3. Le critère de subordination et de contrôle 34

I. — L'affirmation du critère par la jurisprudence internationale .. 34

II. — La justification du critère 35

A. — Investiture et contrôle de l'agent 35

B. — Pouvoir d'Etat et subordination de l'agent 38

§ 4. Les différents types d'agents étatiques 39
I. — Les agents chargés des relations extérieures 41
II. — Les fonctionnaires et agents publics 44
III. — Les fonctionnaires de fait 45
IV. — Les agents secrets 47
V. — Les membres du parti en régime totalitaire 50
A. — Arguments tirés du droit interne 50
B. — Arguments tirés de la pratique internationale 52

Section II. — L'influence du rang de l'agent sur la détermination de la responsabilité 55
§ 1. Les fluctuations de la jurisprudence 55
I. — La distinction entre fonctionnaires supérieurs et agents subalternes 55
II. — Le rejet de la distinction 57
§ 2. L'explication de la jurisprudence 60
I. — Raison d'ordre interne 60
II. — Raison de droit international 62

Section III. — L'absence de distinction entre les agents selon la personne publique dont ils dépendent 68
§ 1. Les agents d'un Etat fédéré 69
§ 2. Les agents d'une collectivité décentralisée 71

CHAPITRE II. — *Le fait générateur de responsabilité : la faute personnelle* 73
Section I. — La notion de faute personnelle en droit administration français 73
Section II. — Du droit interne au droit international 76
§ 1. Analyse théorique 78
I. — Faute de l'Etat 78
II. — Faute de l'agent 79
§ 2. Solution pratique 80
Section III. — La notion de faute personnelle et le droit international de la responsabilité 82
§ 1. L'acte de nature privée 83
§ 2. L'acte étatique personnalisé 83
I. — Personnalisation résultant des motifs de l'acte 84
II. — Personnalisation résultant du comportement de l'agent 84
§ 3. Absence d'un critère unique 85

CHAPITRE III. — *Le fondement de la responsabilité internationale pour faute personnelle* 89
Section I. — La faute étatique 91
§ 1. Coexistence d'une faute personnelle et d'une faute étatique 91
I. — La pluralité de fautes en droit interne 91
II. — Le cumul des fautes dans la jurisprudence internationale 92
A. — Faute étatique concomittante ou postérieure 92
B. — Faute étatique préexistante 93
§ 2. Nature de la faute étatique 94
I. — Le défaut de diligence 94
II. — Le degré de diligence exigé 96
§ 3. Critique de la faute considérée comme fondement 98

I. — Inadaptation de l'idée de « culpa in eligendo » 98
II. — Insuffisance de l'idée de « culpa in advigilando » 99

Section II. — La garantie de l'Etat 102

§ 1. Le point de vue du responsable : l'idée de risque 102

I. — La corrélation entre le risque et l'intérêt 103
II. — Le risque objectif 104

A. — Le principe 104
B. — L'application du principe 105
C. — Appréciation critique 106

§ 2. Le point de vue de la victime : l'équité 108

Section III. — Les nécessités de la vie internationale 110

Deuxième Partie

LE REGIME DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT POUR LES FAUTES PERSONNELLES DE SES AGENTS 115

Titre Premier

LES CONDITIONS D'IMPUTATION DE LA FAUTE PERSONNELLE A L'ETAT 117

Chapitre premier. — *La faute personnelle commise dans les limites apparentes de la fonction* 121

Section I. — Le rapport entre la faute personnelle et la fonction 122

§ 1. Rapport de temps 123

§ 2. Rapport de but 125

Section II. — Le critère de l'apparence de fonction 126

§ 1. La théorie de l'apparence en droit interne 127

§ 2. La place de l'apparence en droit international 130

§ 3. L'application de l'apparence en matière de responsabilité internationale 132

I. — Apparence quant à la personne de l'agent 133
II. — Apparence quant à l'acte de l'agent 134

A. — En cas d'excès de pouvoir 135
B. — En cas de détournement de pouvoir 141

§ 4. Raison d'être du critère de l'apparence en matière de responsabilité internationale 142

I. — Fondement de l'obligation de l'Etat 143
II. — Fondement du droit de l'étranger 144

Chapitre II. — *La faute personnelle commise avec les moyens de la fonction* .. 148

Section I. — Le critère de l'abus des moyens de la fonction 148

§ 1. L'acte commis par abus des moyens et l'acte totalement privé 151

§ 2. La notion d'abus des moyens et la notion d'apparence de fonction .. 153

Section II. — Les conditions d'application du critère de l'abus des moyens de la fonction 157

§ 1. Le caractère inévitable du dommage 157
§ 2. L'indépendance de l'acte dommageable par rapport au comportement de la victime 159

TITRE II

LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES OU ATTENUANTES DE RESPONSABILITE 163

CHAPITRE PREMIER. — *L'influence de la fonction de l'agent* 165
Section I. — Les agents de police 168
Section II. — Les agents des douanes 170
Section III. — Les agents des forces navales 173
§ 1. Dans les eaux intérieures ou territoriales de l'Etat 173
§ 2. En haute mer 175
§ 3. Dans un port étranger 178
I. — En permission à terre 178
II. — En service 181
Section IV. — Les agents des forces armées terrestres 183
Sous-section I. — En temps de guerre 184
Sous-section II. — En temps de paix 188
§ 1. Sur le territoire national 188
§ 2. En territoire étranger 192
I. — La pratique américaine des paiements à titre gracieux 195
II. — Les solutions conventionnelles 197
A. — La conception de la faute personnelle 198
B. — L'autorité compétente pour apprécier la faute personnelle 200
a) Organe arbitral 200
b) Etat d'origine 202
C. — La mise en œuvre de la responsabilité pour faute personnelle 206
a) Fixation du montant de la réparation 206
b) Caractère de la réparation 207
Section V. — Les agents diplomatiques et consulaires 210
§ 1. Les solutions conventionnelles 211
I. — Les agents diplomatiques 212
A. — Les diplomates 212
B. — Le personnel de l'Ambassade 214
C. — Les membres des missions commerciales étatiques 216
II. — Les agents consulaires 219
A. — L'imprécision de la Convention de Vienne 220
B. — L'interprétation de la Convention à la lumière de la jurisprudence interne 221
§ 2. Les solutions jurisprudentielles 223

CHAPITRE II. — *L'influence du comportement de l'agent* 227
Section I. — Les intentions de l'agent 227
§ 1. L'intention mauvaise de l'agent 230

I. — Le rejet de la responsabilité 230
II. — L'admission de la responsabilité 232
III. — L'intention mauvaise, circonstance aggravante de responsabilité 234
§ 2. La bonne foi de l'agent 235
Section II. — L'attitude de l'agent 240
§ 1. La règle du comportement moyen 241
§ 2. La difficulté d'une généralisation de la règle du comportement moyen. 246
CONCLUSION 251
BIBLIOGRAPHIE 259
1° Documents 259
2° Recueils de textes 260
3° Recueils de jurisprudence 260
4° Ouvrages et articles 261
TABLE DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE CITÉE 267
1° Arrêts et avis de la C.P.J.I. 267
2° Arrêts et avis consultatifs de la C.I.J. 267
3° Sentences de la C.P.A. 267
4° Décisions des Commissions d'arbitrage et de conciliation 268

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -- 1070
Dépôt légal : 1er Trimestre 1966

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
N° 171 16-3-66